Der Verlust des Aufrechnungsrechts bei Zahlung in Unkenntnis einer Aufrechnungsmöglichkeit.

Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät zu Rostock

vorgelegt von

Hans Fraustaedter
Referendar in Berlin.

Rostock
Carl Hinstorffs Hofbuchdruckerei
1929

Referent: Professor Dr. Henle.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhalt.

Seite

§ 1. Einleitung 1

§ 2. Fragestellung 2

§ 3. Rückforderung nach § 812 BGB. 6

Die beiden Voraussetzungen wirksamer Aufrechnung, Aufrechnungslage und Aufrechnungserklärung — ihr Verhältnis zu einander — Rechtsnatur und Wirkung der Aufrechnung.

§ 4. Rückforderung nach § 813 BGB. 20

Aufrechnung im gemeinen Recht — analoge Anwendung von § 813 BGB. — Aufrechnung und facultas alternativa.

§ 5. Wiederherstellung der durch Zahlung zerstörten Aufrechnungslage durch Anfechtung 35

Anfechtung der Zahlung wegen Rechtsfolgenirrtums — Anfechtung des stillschweigend erklärten Verzichts auf das Aufrechnungsrecht.

§ 6. Ergebnis 54

§ 7. Anhang: 59

Anfechtung der Zahlung bei Drohung oder arglistiger Täuschung, insbesondere bei Konkurs des Gläubigers.

Literatur.

Abraham: Aufrechnung und Eingriffsrecht in der Vollstreckungsinstanz. Berlin 1903.

Appel: Erlöschen und Wiederaufleben von Forderungen. Dissertation. Erlangen 1903.

Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten, herausgegeben von Rehbein u. Reinicke, Bd. 2. Berlin 1894.

Beisler: Die Verwirkung des Aufwertungsanspruches, in Jur. Wochenschrift 1928, 1337 ff.

Betzinger: Die Beweislast im Zivilprozeß, 1894.

Blümich: Wahlschuld und facultas alternativa. Dissertation. Breslau 1912.

Bosse: Die Ersetzungsbefugnis (facultas alternativa). Berlin 1924.

Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, herausgegeben von Francke. Leipzig 1888.

Caspers: Erlaß und Verzicht nach dem bürgerlichen Gesetzbuch. Dissertation. Freiburg 1904.

Cleffmann: Kann das in Unkenntnis der Aufrechnungsbefugnis Gezahlte zurückgefordert werden? Dissertation. Erlangen 1903 (Wattenscheid).

code civil: Herausgegeben von Loersch. 2. Aufl. Leipzig 1883.

Cohn: Erlaß und Verzicht, in Gruchots Beiträge Bd. 47 S. 221 ff.

Cosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 3. Aufl. Jena 1922.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 2. Tübingen und Leipzig 1902.

Das bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar von Reichsgerichtsräten, 6. Aufl. Berlin 1928.

Das schweizerische Zivilgesetzbuch, herausgegeben von Gmür. Bern 1917.

Dernburg: Geschichte und Theorie der Kompensation. 2. Aufl. Heidelberg 1868.

Du Chesne: Begriff und Arten des Verzichts, in Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 42 S. 296 ff.

Ebermayer: Das Reichsstrafgesetzbuch, 3. Aufl. Berlin 1925.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1, 9. Aufl. Berlin 1903.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I, 2, 23.—27. Aufl. Marburg 1927.

Feder: Die rechtliche Natur der Aufrechnung außerhalb des Rechtsstreits, in Zeitschrift f. Handelsrecht, Bd. 54 S. 434 ff. Stuttgart 1903.

Fick: Das schweizerische Obligationenrecht von 1911. 1. Aufl. Zürich 1915.

Fiegen: Der Verzicht auf die Kompensationsbefugnis. Dissertation. Erlangen 1896.

Fischer-Henle: Das bürgerliche Gesetzbuch. 13. Aufl. München 1927.

Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 16. Aufl. Tübingen 1925.

Fröhlich: Worin liegt das Eigentümliche der Aufrechnung — Kompensation — im Vergleich zu den übrigen Arten der Befriedigung des Gläubigers und welche Wirkungen ergeben sich aus dieser Eigentümlichkeit? Stellungnahme des BGB. zu dieser Frage. Dissertation. Erlangen 1898.

Gernsheim: Die Ersetzungsbefugnis (facultas alternativa) im deutschen bürgerlichen Recht. Berlin 1906.

Gerson: Ist ein vertraglicher Verzicht auf Aufrechnung gültig? In Deutsch. Jurist.-Ztg. 1911, S. 271 f.

Goldmann-Lilienthal: Das bürgerliche Gesetzbuch. 2. Auflage. 1903—1914.

Götte: Zwei Streitfragen über die Aufrechnung im bürgerlichen Gesetzbuch, in Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 17, S. 164 ff.

Handbuch des gesamten Handelsrechts, herausgegeben von Ehrenberg, IV. Bd. 2. Abt. Leipzig 1918 (Brodmann).

Heilfron: Praktische Aufwertungsfragen (Verjährung, Verwirkung, Verzicht), in Deutsche Steuer-Ztg. 1927, 1115 ff.

Hellmann: Zur Lehre von der Willenserklärung nach bürgerlichem Recht, in Iherings Jahrb. für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. 42, S. 413 ff.

Hellwig: Anspruch und Klagerecht. Jena 1900.

Henle: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I. Allgem. Teil. Berlin 1926.

Henle: Vorstellungs- und Willenstheorie in der Lehre von der juristischen Willenserklärung. Leipzig 1910.

Henle: Irrtum über die Rechtsfolgen. Berlin 1911.

Henle: Ausdrückliche und stillschweigende Willenserklärung nach dem bürgerlichen Gesetzbuch. Leipzig 1910.

Henle: Treu und Glauben im Rechtsverkehr. Berlin 1912.

Hilker: Die Aufrechnung des Gläubigers im Konkurse des Schuldners. Dissertation. Leipzig 1906.

Hollaender: Die Bedeutung des Aufrechnungsverzichts, in Recht 1913, 131 f.

Jaeger: Kommentar zur Konkursordnung, Bd. 1, 5. Aufl. Berlin 1916.

Jörs: Römisches Recht (aus der Enzyklopädie von Kohlrausch-Kaskel). Berlin 1927.

Jung: Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des rechtlichen Grundes. Leipzig 1902.

Kikath: Kann nach gemeinem Recht und bürgerlichem Gesetzbuch derjenige, der in entschuldbarer Unkenntnis seiner Aufrechnungsbefugnis eine Forderung bezahlt hat, das Gezahlte mit der condictio indebiti zurückfordern? Dissertation. Rostock 1906.

Kohler: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I. 1904.

Kohler: Kompensation im Prozeß, in Zeitschr. f. deutsch. Zivilprozeß, Bd. 20, S. 1 ff.

Kohler: Die Aufrechnung nach dem BGB., in Zeitschr. f. deutsch. Zivilproz. Bd. 24, S. 1 ff.

Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, herausgegeben von Egger usw. Bd. V. Das Obligationenrecht, von Ohser. Zürich 1915.

Krückmann: Klageantrag und Urteil bei der Kondiktion einer kausalen Verpflichtung, in Leipz. Zeitschr. 1927, 753 ff.

Lang: Das Aufrechnungsrecht nach bürgerlichem Recht. Dissertation. München 1906.

Langheineken: Anspruch und Einrede nach dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch. Leipzig 1903.

Lenel: Ueber Ursprung und Wirkung der Exceptionen. Heidelberg 1876.

Leonhard: Die Aufrechnung. Göttingen 1896.

Leonhard: Aufrechnung gegen eine Nichtschuld, in Arch. f. bürgl. Recht, Bd. 21, S. 171 ff.

Levin: Plancks Kommentar des BGB. Besprechung in JW. 1928, S. 3031.

Liebknecht: Vorbehaltszahlung und Eventualaufrechnung. Berlin 1899.

Lippmann: Rückwirkung und Rechtsgeschäft der Aufrechnungserklärung, in Iherings Jahrb., Bd. 43, S. 435 ff.

Manasse: Die Anfechtung wegen Irrtums bei Geschäften des Vermögensrechtes nach dem bürgerlichen Gesetzbuch. Dissertation. Breslau 1906.

Manigk: Irrtum und Auslegung. Berlin 1918.

Marckwald: Die condictio indebiti bei Zahlung in Unkenntnis der Aufrechnungsbefugnis nach gemeinem Recht und bürgerlichem Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Dissertation. Rostock 1901.

Matthiaß: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 6./7. Aufl. Berlin 1914.

v. Mayr: Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechts. Leipzig 1903.

Mentzel: Kommentar z. Reichskonkursordnung. Mannheim 1926.

Meyer: Das Rückforderungsrecht im Falle der Aufrechenbarkeit. Dissertation. Königsberg 1919.

Mommsen-Krüger: corpus iuris civilis . volumen primum . Berolini 1886 . volumen secundum . Berolini 1895.

Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1888.

Mügel: Das gesamte Aufwertungsrecht, 5. Aufl. Berlin 1927.

Müller: Wahlschuld und alternative Ermächtigung des Schuldners nach gemeinem Recht und bürgerlichem Gesetzbuch. Dissertation. Rostock 1902.

Oertmann: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, Bd: 1. Allgemeiner Teil. 3. Aufl. Berlin 1927. Bd. 2. Schuldverhältnisse. 5. Aufl. Berlin 1928.

Oertmann: Die rechtliche Natur der Aufrechnung in Archiv f. d. zivil. Praxis, Bd. 113, S. 376 ff.

Oertmann: Die Rechtsbeständigkeit von Forderung und Gegenforderung als Erfordernis der Aufrechnung, in Recht 1901, S. 447 ff.

Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 10. Aufl. Berlin 1916.

Pescatore: Die sogenannte alternative Obligation. Marburg 1880.

Pescatore: Die Wahlschuldverhältnisse. München 1905.

Pietzker: Kondiktion oder Anfechtung, in JW. 1920, S. 486 ff.

Planck: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. Berlin 1913 und 1914; Bd. 2, 3. Aufl. Berlin 1907; Bd. 2,1, 4. Aufl. Berlin 1914; Bd. 2, 2, 4. Aufl. Berlin 1928.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 2.

Rehbein: Das bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. Berlin 1903.

Reichel: Aufrechnung und Betrug, in Archiv f. d. zivil. Pr., Bd. 125, S. 178 ff.

Reichel: Rückwirkung der Aufrechnung gegen Fremdgeldforderungen, in Arch. f. d. zivil. Pr., Bd. 126, S. 313 ff.

Reichel: Unklagbare Ansprüche, in Iherings Jahrb., Bd. 59, S. 409 ff.

Schachian: Wird nach gemeinem Recht und BGB. die condictio indebiti begründet durch eine in entschuldbarer Unkenntnis der Aufrechnungsbefugnis bewirkte Zahlung? Dissertation. Rostock 1903.

Schenke: Die Alternativobligation nach römischem, gemeinem und neuem bürgerlichem Recht. Dissertation. Greifswald 1900.

Schlichting: Die Aufrechnung nach dem bürgerlichen Gesetzbuch. Dissertation. Rostock 1901.

Schollmeyer: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2. München 1900.

Siber: Compensation und Aufrechnung. Leipzig 1899.

Simon: Steht dem Schuldner, welcher in entschuldbarer Unkenntnis von einer ihm zustehenden aufrechenbaren Gegenforderung gezahlt hat, die condictio indebiti auf Rückgewähr des Gezahlten zu? Dissertation. Greifswald 1906.

Soergel: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 1, 3. Aufl. Berlin 1926.

Sohm: Institutionen. 16. Aufl. München 1920.

Staudinger-Löwenfeld-Riezler: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. 9. Aufl., Bd. 1. München 1925.

Staudinger-Kuhlenbeck-Kober: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. 7./8. Aufl., Bd. 2. München 1912.

Stier-Somlo-Elster: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Bd. 1, S. 373 ff. Berlin 1926.

Titze: Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichem Recht. Leipzig 1900.

Titze: Die Lehre vom Mißverständnis. Berlin 1910.

v. Tuhr: Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. 1910/18.

v. Tuhr: Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, in Festgabe für Bekker, S. 291 ff. Weimar 1907.

Wagner: Die Alternativobligation mit Wahlrecht des Schuldners und die Obligation mit facultas alternativa des Schuldners nach gemeinem und bürgerlichem Recht. Dissertaion. Greifswald 1903

Walsmann: Der Verzicht. Leipzig 1912.

Warneyer: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1. Tübingen 1923.

Weigelin: Das Recht zur Aufrechnung als Pfandrecht an der eigenen Schuld. Hannover 1904.

Weitz: Die facultas alternativa. Dissertation. Erlangen 1903.

Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2, 4. Aufl. Frankfurt a. M. 1906.

Zeiler: Verlust des Aufwertungsanspruchs durch Verzicht oder durch Verwirkung? in Deutsche Steuer-Ztg. 1927, 744 ff.
Zeiler: Zur Wiederaufrollung von vermeintlich erledigten Rechtsverhältnissen, in Deutsche Steuer-Ztg. 1927, 1110 ff.
Zitelmann: Die juristische Willenserklärung, in Iherings Jahrb. Bd. 16, S. 357 ff.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 11, 66, 69, 72, 74, 80, 84, 88, 89, 97, 110, 116—120.
Deutsche Juristen-Zeitung 1911, 1927.
Juristische Wochenschrift 1907, 1910, 1911, 1919, 1920, 1926—29.
Das Recht 1903, 1913.
Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht 1926, 1927.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, Bd. 12.
Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 65.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte, Bd. 65.
Warneyer, Rechtsprechung des Reichsgerichts 1927.
Revue der Gerichtspraxis im Gebiete des Bundeszivilrechts (Beilage zur Zeitschrift für schweizerisches Recht), Bd. II.

§ 1.

Unter den vom Verkehr geschaffenen ist die Aufrechnung eine der ältesten und bis zum heutigen Tage zur Abwicklung geschäftlicher Beziehungen am meisten benutzten Rechtseinrichtungen. Die Fragen nach ihren Voraussetzungen und deren Verhältnis zueinander, ihrem Vollzug, ihrer Wirkung und ihrer Rechtsnatur sind von jeher heftig umstritten gewesen. Eine auf diesen Streitfragen beruhende weitere Frage, die ganz besonders Gegenstand vielseitiger Erörterung war, ist die, ob ein Schuldner, der in Unkenntnis einer ihm zustehenden Aufrechnungsbefugnis bezahlt hat, gleichwohl nach Zahlung noch aufrechnen, und ob und auf welchem Wege er dann das Gezahlte zurückfordern könne. Das Reichsgericht hat hierzu am 5. März 1928 (682/27 IV) [1]) zum erstenmal grundsätzlich Stellung genommen und die Frage verneint. Es befindet sich damit in Uebereinstimmung mit dem überwiegenden Teil der Literatur. Ein fast gleich großer Teil jedoch vertritt einen entgegengesetzten Standpunkt, und zwar bis in die neueste Zeit und mit beachtlichen Gegengründen. Zu diesen Gegnern gehören z. B. Enneccerus, Kipp-Windscheid, Oertmann, Planck und der Kommentar von Reichsgerichtsräten, ferner Monographien von Weigelin und Werner Meyer. Wie umstritten gerade dieser Fall ist, zeigt der Kommentar von Reichsgerichtsräten. In seiner neusten Auflage (1928) vertritt er in den Bemerkungen zu § 389 den vom Reichsgericht in dem angeführten Urteil gebilligten Standpunkt, während er zu § 813 auf Seiten der Gegner steht. Das Urteil des Reichsgerichts nimmt zwar sehr entschieden Stellung, es geht aber auf die Gegengründe nur sehr kurz ein und berücksichtigt nicht alle Gründe der

1) RG. 120, 280.

Gegenseite, da sich die Revision nur auf die Bemerkung des Kommentars von Reichsgerichtsräten zu § 813 gestützt hatte. Es erscheint daher gerechtfertigt, in dieser für die Praxis wichtigen Frage die erste grundsätzliche Stellungnahme des Reichsgerichts den bis in die neueste Zeit aufrecht erhaltenen gegenteiligen Ansichten und gerade auch denen, die nicht in diesem Urteil berücksichtigt sind, gegenüber zu stellen, zumal auch die früheren Erörterungen in der Literatur nicht alle Gesichtspunkte umfassen. Gerade auch zu der letzten Darstellung (Meyer 1919), die zu einem anderen Ergebnis kommt als das Reichsgerichtsurteil, erscheint angesichts der umfangreichen Rechtsprechung in der vorher sehr selten behandelten Frage des Verzichts, auf dem das dort gewonnene Ergebnis aufgebaut ist, eine Stellungnahme notwendig. Auch die anderen Gegenmeinungen sind in einer zusammenfassenden Darstellung bisher nicht eingehend berücksichtigt worden. Die auch heute noch nach dem Urteil des Reichsgerichts am meisten beachtlichen Gegengründe finden sich bei Planck, Kipp-Windscheid und Reichsgerichts-Kommentar § 813 einerseits, bei Weigelin und Meyer andererseits. Gerade zu diesen beiden Gegenmeinungen fehlt eine eingehende Stellungnahme, sie werden daher besonders beachtet werden müssen. Auch auf eine dritte, besonders von Oertmann[2]) vertretene Meinung, auf die das angeführte Urteil kurz hinweist, wird einzugehen sein. Und da unsere Frage auf den Grundfragen der Voraussetzungen, Wirkung und Rechtsnatur der Aufrechnung beruht, wird eine den heutigen Stand der Meinungen berücksichtigende zusammenfassende Darstellung auch zu diesen Fragen nötig, auf der sich dann die Erörterung der dem Reichsgericht vorgelegten Frage aufzubauen hat.

§ 2.

Eine wirksame nachträgliche Aufrechnungserklärung und Rückforderung des Gezahlten könnte nur aus der Aufrechnungsmöglichkeit, die bestand, aber versäumt wurde, herge-

2) Oertmann, Schuldverhältnisse § 389, A 1.

leitet werden. Dabei ist davon auszugehen, daß bei der Geldzahlung das Eigentum an den Geldstücken auf den Empfänger übergeht, selbst wenn die bei beiden Parteien vorliegende Absicht der Tilgung einer Schuld nicht dadurch erreicht wird. Ist nun dieser Tilgungserfolg zur Voraussetzung der Leistung gemacht worden, so wird dem Leistenden ein Rückforderungsanspruch gegeben, wenn dieser Erfolg nicht eingetreten ist. War die Forderung, deren Tilgung durch die Zahlung beabsichtigt war, im Zeitpunkt der Zahlung bereits erloschen, so kann der beabsichtigte Tilgungserfolg nicht eintreten. Dann hat der Leistende einen Rückforderungsanspruch gegen den Empfänger, den ihm § 812 BGB. gewährt. Dem wird im § 813 der Fall gleichgestellt, daß die Forderung zwar nicht bereits erloschen, aber mit einer die Geltendmachung des Anspruchs dauernd ausschließenden Einrede behaftet war [1]). Denn wenn der Schuldner dem Gläubiger die peremtorische Einrede entgegensetzt, mit der dessen Forderung behaftet ist, so ist diese so anzusehen, als ob sie rechtlich nicht bestanden hätte [2]). Um also einen Rückforderungsanspruch aus § 812 oder § 813 BGB. für den Zahlenden aus der Aufrechenbarkeit seiner Schuld herzuleiten, müßte nachgewiesen werden, daß er eine Nichtschuld bezahlt oder eine mit einer peremtorischen Einrede behaftete Forderung erfüllt hätte. Denn für die Frage nach der Zulässigkeit eines Rückforderungsanspruches ist die Rechtslage entscheidend, die im Augenblick der Zahlung vorhanden war [3]). Es muß daher die Einwirkung des aufrechenbaren Gegenüberstehens auf die Forderungen und das Verhältnis dieser Rechtslage zu der später erfolgenden Aufrechnungserklärung und besonders zu der nach Zahlung erfolgenden Erklärung untersucht werden [4]).

1) s. a. RG., JW. 1919, 568.

2) Motive Bd. 2, 832; „indebitum — accepimus — et si per — exceptionem perpetuam peti non poterat“ (L 26 § 3 D 12, 6).

3) Endemann, JW. 28, 1288; s. a. Oertmann, Schuldverhältnisse § 389 A. 1.

4) Der Einfachheit halber sei nur an Geldschulden und deren Erfüllung durch Zahlung gedacht; es werden deshalb die Ausdrücke Erfüllung und Zahlung gleichwertig gebraucht werden.

Zunächst ist festzustellen, ob die Forderung im Zeitpunkt der Zahlung bereits erloschen war, so daß das Gezahlte als im Zeitpunkt der Zahlung nicht geschuldet nach § 812 zurückgefordert werden könnte. Denn § 812 enthält den allgemeinen Grundsatz für Rückforderungen aus ungerechtfertigter Bereicherung, ihm folgen die einzelnen Anwendungsfälle [5]). Daß zum Erlöschen aufrechenbarer Forderungen das bloße Gegenüberstehen der Forderungen nicht genügt, ist, wie schließlich nach langem Streit für das gemeine Recht, worauf noch zurückzukommen sein wird, auch im BGB. anerkannt: Parteierklärung ist erforderlich, um die Forderungen zu tilgen [6]). Das sprechen die §§ 387 und 388 klar aus. Die Aufrechnung hat also zwei Voraussetzungen, Aufrechenbarkeit der Forderungen (Aufrechnungslage) und Aufrechnungserklärung. Beide Voraussetzungen müssen zusammenwirken, um den Erfolg herbeizuführen. Sind sie ihrem materiellen Inhalt nach gleich stark, so folgt daraus, daß, wenn die Aufrechnungslage durch Zahlung einer Forderung wegfällt, eine gleichwohl noch erfolgende Aufrechnungserklärung gegenstandslos sein muß. Will man aber beide Voraussetzungen trennen, so muß man einer von ihnen die volle materielle Wirkung auf den Bestand der Forderungen zuerkennen; die Aufrechnungslage müßte also, wenn ihr späterer Fortfall unerheblich sein sollte, so starke, abgeschlossen vorliegende Wirkungen gehabt haben, daß die spätere Aufrechnungserklärung, die also keinen materiellen Inhalt mehr hätte, nur als zweite Voraussetzung hinzuzukommen brauchte, damit diese Wirkung, nämlich das Erlöschen der Forderungen, rückbezüglich hervorgebracht würde. Hat also die nach Zahlung erfolgende Aufrechnungserklärung die Wirkung, daß die bezahlte Schuld als im Augenblick der Zahlung bereits erloschen anzusehen ist, so ist eine condictio möglich, wenn die Aufrechnungserklärung abgegeben ist. Das Reichsgericht meint allerdings, es handele sich gerade darum, festzustellen, ob durch die Zurückforderung des Gezahlten die infolge der

---

5) Vgl. RGKomm. Vorbem. vor § 812.
6) S. z. B. RG., JW. 07, 742; RGRecht 1903, 532.

Zahlung durch den Wegfall einer Forderung zerstörte Aufrechnungslage wiederhergestellt werden könne[7]). Damit aber ist für die Anwendung von § 812 als der Grundlage der Bereicherungsklagen als Rechtsfolge bereits vorweggenommen, was Voraussetzung ist. Zurückgefordert werden kann nach § 812 nur, wenn als Folge von Aufrechnungslage und Aufrechnungserklärung als den beiden unerläßlichen[8]) Voraussetzungen wirksamer Aufrechnung das Gezahlte als im Augenblick der Zahlung nicht geschuldet erscheint[9]). Solange nicht die zweite Voraussetzung der Aufrechnung, die Aufrechnungserklärung, vorliegt, ist die Forderung geschuldet und keine Nichtschuld; erst durch die Aufrechnungserklärung könnte der Leistung nachträglich der rechtfertigende Grund des § 812 entzogen und sie auf den Augenblick der Zahlung rückwirkend zur Nichtschuld gemacht werden. Das Reichsgericht dreht aber die Rechtslage um: es meint, zu untersuchen sei, ob kondiziert, dadurch die Aufrechnungslage wieder hergestellt und dann aufgerechnet werden könne. Zu dieser Konstruktion kommt es deshalb, weil ihm der Fall nur unter Berufung auf § 813 vorgelegt war[10]). Und in dieser Hinsicht ist die Fragestellung allerdings anders: sieht man die sich aufrechenbar gegenüberstehenden Forderungen als schon deswegen mit einer Einrede (oder mit Oertmann als mit einer noch darüber hinausgehenden Einschränkung) behaftet an, so wäre also eine im Augenblick der Zahlung einredebehaftete Forderung erfüllt, das Gezahlte könnte schon deshalb nach § 813 zurückgefordert werden, es ständen sich wieder zwei Forderungen gegenüber, und nunmehr könnte Aufrechnung erklärt werden. Denn Aufrechnung ist ja nur möglich zwischen Personen, die einander Leistungen schulden, nicht zwischen solchen, die sich einmal Leistungen geschuldet haben.

---

7) RG. 120, 281.

8) Siehe Schlichting, S. 42: „essentiell".

9) Denn wirksam vollzogene Aufrechnung wirkt wie Zahlung RG., JW. 07, 171; s. darüber ausführlich weiter unten S. 14 ff.

10) Endemann (JW. 28, 1288) übersieht das und denkt nur an die Anwendung von § 812.

Unsere Darstellung kann sich nicht wie das Reichsgericht auf die zweite Konstruktion beschränken. Gerade weil § 812 die Grundlage der Bereicherungsklagen bildet, ist von ihm auszugehen. Es muß also zuerst untersucht werden, ob durch nachfolgende Erfüllung der zweiten Aufrechnungsvoraussetzung, nämlich Aufrechnungserklärung, die erfüllte Schuld rückwirkend zu einer Nichtschuld gestempelt und dann deshalb nach § 812 kondiziert werden kann. Deshalb muß zuerst das bereits zur Diskussion gestellte Verhältnis von Aufrechnungslage und Aufrechnungserklärung erörtert werden.

§ 3.

Die als erste Alternative zur Untersuchung gestellte völlig gleiche materielle Stärke dieser beiden Voraussetzungen einer wirksamen Aufrechnung besteht nun tatsächlich nicht, sondern die Aufrechnungslage hat eine gewisse stärkere Bedeutung als die Erklärung, wie sich aus § 389 BGB. ergibt, insofern nämlich das Erlöschen der Forderungen an den Zeitpunkt des Beginns der Aufrechnungs l a g e gebunden wird. Zwei Folgerungen ließen sich daraus herleiten:

1. Die Forderungen erlöschen bereits durch das Gegenübertreten, die Erklärung hat nur aufklärende („deklarative") Bedeutung; erfolgt sie nicht, so werden die Forderungen wieder voll wirksam.
2. Die Forderungen erlöschen durch das Gegenübertreten, w e n n die Aufrechnung erklärt wird; die Erklärung wird also zur Bedingung des Erlöschens gemacht; sie bewirkt das Erlöschen mit Rückwirkung derart, daß Verfügungen, die während des Schwebezustandes der Zwischenzeit im Gegensatz zu dem endgültigen Erfolge getroffen wurden, als unwirksam anzusehen sind.

Beide Konstruktionen ließen sich jedoch nur dann mit § 389 begründen, wenn dort wirklich der Aufrechnungs l a g e eine s e l b s t ä n d i g e materielle Wirksamkeit auf Kosten der Aufrechnungserklärung zuerkannt ist[1]).

1) E n d e m a n n, S. 825; C l e f f m a n n, S. 5 f.

Die erste Meinung ist mit dem Gesetzeswortlaut nicht vereinbar: „Die Aufrechnung“ (§ 389) bewirkt das Erlöschen, nicht also das Gegenüberstehen, sondern die „Erklärung“ (§ 388). Auch die Meinung des Gesetzgebers war eine andere: „Durch die einseitige Willenserklärung bringt der Erklärende die Forderung zum Erlöschen“ [2]; „in der einseitigen Aufrechnungserklärung ist dem Schuldner ein Mittel gegeben, auf die einfachste und leichteste Weise rechtzeitig die Ausgleichung herbeizuführen“ [3]. Gleichwohl versucht man diese Ansicht zu begründen, und zwar durch Analogie mit der Anfechtung [4]; allein es bestehen so grundlegende Unterschiede zwischen Anfechtung und Aufrechnung, daß dieser Vergleich nicht zulässig erscheinen kann: das Anfechtungsrecht dient vorzugsweise zur Sicherung und als Zwangsmittel, das Aufrechnungsrecht als Mittel zur Deckung und Befriedigung [5]; angefochten wird das Rechtsgeschäft, aufgerechnet die Forderung; ein anfechtbares Rechtsgeschäft geht nicht unter bei Erfüllung der aus ihm entspringenden Forderung, eine aufrechenbare Forderung dagegen erlischt durch Erfüllung. Aber es wären auch die §§ 390,2 und 357 ganz überflüssig: Wenn die Forderungen bereits durch ihr Gegenübertreten erlöschen, so können sie auch nicht mehr verjähren. Da aber die Möglichkeit des Erlöschens der aufrechenbaren Forderung durch Verjährung, also aus einem anderen Grund als dem der Beeinflussung durch die Aufrechnungslage, gegeben ist, so ist damit anerkannt, daß der Bestand der Forderungen durch die Aufrechnungslage nicht beeinflußt wird [6]; und im Falle des § 357 würde gar nichts mehr geschuldet, der Rücktritt wäre ganz unbeachtlich.

Schließlich würde auch, wenn die positive Tätigkeit, die Aufrechnungserklärung, deklaratorisch wirken würde,

2) Motive S. 106.

3) Protokolle Bd. 1 S. 363.

4) Enneccerus, Bd. 1, 2 § 294, S. 219.; Philippsborn, S. 11; Staudinger-Kuhlenbeck, Vorbem. 1 vor § 387.

5) Motive Bd. 1 S. 42, siehe auch weiter unten S. 14 ff.

6) Meyer., S. 23.

das passive Verhalten, nämlich die Unterlassung der Aufrechnungserklärung, constitutiv wirken[7]). Das Unterlassen einer Handlung hat aber nur dann Rechtsfolgen, wenn eine Pflicht zum Handeln bestand[8]). Es müßte also eine Pflicht zur Abgabe der Aufrechnungserklärung für den Aufrechnungsberechtigten bestehen, von der dem Gesetz nichts bekannt ist[9]).

Auch die zweite Annahme, die als „Theorie der suspensiven Tilgung" bezeichnet wird, ist nicht haltbar. Die Aufrechnung durch die Gegenforderung soll aufschiebend bedingt sein, die Tätigkeit des Aufrechnenden eine „conditio" für die Aufrechnungswirkung sein: „das objektive Bestehen der kompensablen Gegenforderung ist die Ursache, die Erklärung die bloße Bedingung für die Kompensationswirkung"[10]). Die Unhaltbarkeit dieser Ansicht ergibt sich schon daraus, daß, wenn man diese Bedingung als wahre Bedingung im Sinne des Gesetzes (§ 158 BGB.) auffaßt, die Tilgung nie mit der doch nun einmal durch § 389 vorgeschriebenen Rückwirkung eintreten könnte. Sie müßte vielmehr im Augenblick der Erklärung und nicht mit dem Gegenübertreten der Forderungen erfolgen[11]). Diese Theorie der suspensiven Tilgung widerspricht also nicht nur dem Gesetz, sondern auch sich selbst. Wenn man sie aber auch selbst als für das BGB. zutreffend ansehen wollte, so müßte man doch in den §§ 387, 388 die Voraussetzungen sehen, die gegeben sein müssen, damit die Erklärung die bereits geschehene Tilgung zutage treten lassen kann. So erkennt auch Kohler[12]) ausdrücklich an, daß „kompensable Gegenforderung und Kompensations-

---

7) Endemann, S. 643 f.; Oertmann, Arch. f. bürg. Recht Bd. 13 S. 125; ders. Arch. f. bürg. Recht Bd. 14 S. 356 f.; dagegen Meyer, S. 22; er bezeichnet das geradezu als paradox.

8) Siehe unten S. 59 f.

9) Siehe auch Cleffmann, S. 7.

10) Kohler, Zeitschr. f. ZivPr. XX S. 2 f., s. a. Endemann, S. 644; Liebknecht, Vorbehaltungszahlung, S. 110; Meyer, S. 24, 48; Sächs. BGB. §§ 988, 992.

11) Planck-Siber, S. 522; Schollmeyer, S. 327; Kipp-Windscheid, S. 475.

12) Zeitschr. f. ZivPr. XX S. 2.

erklärung die Voraussetzungen für die Aufrechnungswirkung sind".

Hat nun aber der eine Schuldner bezahlt, so ist die eine Forderung erloschen, und es schuldet nur noch eine Person. Damit ist die erste Voraussetzung, die Aufrechnungslage, weggefallen (§ 387: „Schulden zwei Personen einander..."). Der andere Schuldner kann also doch nun auch nicht mehr die Aufrechnung erklären, da auch nach der Theorie der suspensiven Tilgung die eine der nötigen Voraussetzungen fehlt. Eine nachträglich erfolgende Aufrechnungserklärung kann also auch nicht manifestieren, daß eine Schuld nicht bestand, daß also auf eine Nichtschuld bezahlt wurde. Denn Voraussetzungen und Wirkung der Aufrechnung sind scharf zu trennen, die Voraussetzungen aber bemessen sich immer nur nach dem Zeitpunkte der Abgabe der Aufrechnungserklärung [13]).

Die materielle Alleinwirksamkeit der Aufrechnungslage, aus der nach nachgeholter Aufrechnungserklärung eine condictio indebiti hergeleitet werden könnte, läßt sich denn auch nicht begründen. Daß vielmehr auch die Aufrechnungserklärung materielle Wirkung hat, folgt aus § 396, der bei Bestehen mehrerer aufrechenbarer Forderungen — und das ist im Geschäftsverkehr des praktischen Lebens die Regel — dem Aufrechnungsberechtigten ein freies Wahlrecht gibt: mit welcher Forderung er aufrechnen wolle, selbst zu bestimmen [14]). Nimmt man nun an, die Aufrechnungslage hätte allein schon Tilgungskraft, wenn auch bedingt durch die in Zukunft abzugebende Aufrechnungserklärung einer Partei, so müßte das gleichzeitige Bestehen oder spätere Hinzukommen anderer Forderungen für das bedingt gleichzeitige Erlöschen der Forderungen, die sich bereits in der Aufrechnungslage gegenüberstehen, gleichgültig sein. Wenn also mehrere aufrechenbare Forderungen vorhanden wären zur

---

13) Oertmann, Schuldverhältnisse, § 389 Anm. 1.

14) Das Widerspruchsrecht des Gegners folgt daraus, daß sonst seine eigene Aufrechnungsbefugnis, die doch gleich stark ist, gegenstandslos wäre. Gäbe es kein Widerspruchsrecht, so entstände eine „Hetze um die Priorität" (Cleffmann, S. 19).

Zeit, zu der die Aufrechnungserklärung abgegeben wird, so müßte mit ihr ohne weiteres die Forderung erlöschen, die mit der aufzurechnenden Gegenforderung zuerst in einer Aufrechnungslage sich gegenüberstand. Ein Wahlrecht unter mehreren Forderungen wäre unmöglich und würde gegen die in der Aufrechnungslage begründete Tilgungskraft verstoßen.

Es wäre auch kein Widerspruch möglich: denn wenn die Aufrechnungserklärung nur den durch die Annahme der Bedingung geschaffenen Schwebezustand beendigte, dann würden die Forderungen im Augenblick der Erklärung (mit rückwirkender Kraft) erlöschen. Diese Tatsache könnte ein Widerspruch nicht beseitigen. Tatsächlich bestimmt nun aber doch § 396, daß der Widerspruch stärker sein soll als die Aufrechnungserklärung. Das ist aber eben nur dann möglich, wenn auch die Aufrechnungserklärung materielle Wirkung hat, denn man kann begrifflich durch Widerspruch nur Rechtswirkungen, nicht Tatsachen beseitigen. Als Beendigung des Schwebezustandes wäre die Aufrechnungserklärung bloße Tatsache und müßte als solche die Forderungen erlöschen lassen trotz dem Widerspruch. Da dies nicht der Fall ist, bleibt nur die Folgerung, daß die Aufrechnungserklärung neben der Aufrechnungslage materielle Wirkung auf den Bestand der Forderungen hat [15]).

Das Bestehen der Aufrechenbarkeit als solcher hat keine weitere Wirkung als die Entstehung des beiderseitigen Rechts, aufzurechnen; dieses bloße Recht aber berührt die Forderungen ebenso wenig wie die Pflicht, sie real zu erfüllen. Erst der Wille des Aufrechnungsberechtigten setzt sie zueinander in Beziehung und Wirkung [16]). „Dieser Wille kann aber erst mit dem Zeitpunkt seiner Erklärung und von diesem Zeitpunkt ab Wirkung üben." [17]) Auch das Reichsgericht [18]) erkennt ausdrücklich an, daß eine Forderung nicht schon kraft Gesetzes untergeht, wenn ihr eine nach § 387 aufrech-

15) Cleffmann, S. 20.

16) Reichel in Arch. f. d. zivil. Prax. Bd. 126 S. 326: „Aufrechnung ist vom Parteiwillen abhängig".

17) RG. 66, 272.

18) JW. 07, 742.

nungsfähige Forderung des Schuldners gegenübersteht. Zur Auslösung der Aufrechnungswirkung, nämlich zum Erlöschen der Forderungen ist „vielmehr ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, eine Rechtshandlung[19]) des Schuldners nötig“[20]), also die Aufrechnungserklärung. Das sagt ja auch der Wortlaut des § 388 klar und ausdrücklich: die Aufrechnung „erfolgt“ durch Erklärung! Die Aufrechenbarkeit allein hat also keine tilgende Wirkung[21]), sondern erst die Ausübung des Aufrechnungsrechts bringt zusammen mit ihr die Forderungen zum Erlöschen[22]). Das aufrechenbare Gegenüberstehen und die Erklärung sind also materiell gleichwertige und unerläßliche Tatbestandsmerkmale für den Erfolg: die Tilgung der Forderungen[23]).

Allerdings stehen sich die Forderungen während der Dauer der Aufrechenbarkeit bis zur Abgabe der Erklärung auch nicht völlig fremd, gleichgültig und wirkungslos gegenüber, wie die Motive[24]) und auch das Reichsgericht[25]) angenommen haben. Gewisse Wirkungen erzeugt die Aufrechnungslage sicherlich[26]), die man als einen Schwebezustand[27]) ansehen kann. Die volle Wirksamkeit der Forderungen ist jedenfalls schon gebrochen, insofern die Aufrechenbarkeit den beiden Schuldnern die Befreiungsmöglichkeit durch Aufrechnungserklärung gibt, wenn auch dem äußeren Tatbestand nach

---

19) RGKomm. § 387 Anm. 4.

20) RG., JW. 07, 171; Enneccerus I, 2 § 292 II, 3; Leonhard, S. 147; Siber, S. 118 f.; RGKomm. § 388 Anm. 1.

21) RG. 120, 282; s. a. Levin, JW. 28, 3031: Aufrechnungslage = zufälliger tatsächlicher Umstand.

22) Motive S. 108; Lang, S. 40.

23) Oertmann, Schuldverhältnisse, Vorbem. 5 vor § 387.

24) S. 109.

25) RG. 66, 272. RG. 120, 282: „Für den Schuldner, der seine Schuld nicht bezahlen kann, wird der — billige — Erwerb einer zur Aufrechnung geeigneten Gegenforderung eine Stärkung seiner Leistungsfähigkeit oder seines Vermögens, aber wohl kaum eine irgendwie wesentliche Abschwächung seiner dadurch nicht veränderten Schuld bedeuten.“ Richtig ist jedenfalls, daß der Inhalt und Bestand der Schuld nicht geändert wird. S. a. Abraham, S. 17, dagegen S. 25.

26) RGKomm. § 389 Anm. 1.

zunächst beide Forderungen unberührt zu sein scheinen[28]). Ihr Bestand jedenfalls bleibt unbeeinflußt[29]). Ihre Durchführung im Wege der Klage ist auch weiterhin möglich, und daher können auch Rücktritt und Kündigung noch mit voller Wirksamkeit erklärt werden, wie die §§ 357 und 554 ergeben. Geschuldet wird beiderseits auch weiterhin lediglich Erfüllung der Forderung wie von deren Entstehung an. Die an das Gegenübertreten der Forderungen gleichwohl geknüpften Folgen treten nicht kraft Gesetzes derart in Wirkung, daß mit dem Zeitpunkt des Gegenübertretens die Forderungen bereits erloschen wären (das bestimmt der Code civil in Art. 1290: La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs). Vielmehr läßt das BGB. die Forderungen weiter bestehen und erst durch die Aufrechnungserklärung erlöschen, die neben der Aufrechnungslage als materiell wirksame Aufrechnungsvoraussetzung die Tilgung bewirkt. Diese vom Gesetz getroffene Regelung beruht auf der Annahme der mit dem Entstehen der Aufrechnungslage beginnenden rechtlichen Gebundenheit der Forderungen; diese enthält bereits den Erlöschungsgrund für sie und unterwirft sie der Aufhebung durch die Aufrechnungserklärung. Diese Auffassung bildet eine innere Erklärung für die durch § 389 aufgestellte Rückverlegung der Rechtsfolgen der Aufrechnungserklärung, durch die das Aufrechnungsrecht ausgeübt wird (und auch für das Recht des Bürgen aus § 770)[30]). Dadurch ist aber keineswegs gesagt, daß mit Hilfe der Rückwirkung, die auch das Schweizer Obligationenrecht in Art. 124, Abs. 2, kennt, ohne Rücksicht auf die rechtlichen Ereignisse der Zwischenzeit, des Schwebezustandes, die Aufrechnungserklärung abgegeben werden

---

27) Crome, § 193 I; Endemann, S. 824; Hellwig, S. 19.

28) Wirkungen der Aufrechnungslage s. z. B. in den §§ 406, 575, 770, 1137, 1211 BGB. 129, 3 HGB.

29) Betzinger, S. 226 f.

30) Die Ausübung der Aufrechnung, die Erklärung, das „Ob", steht im Parteibelieben, die Wirkung bestimmt das Gesetz (s. a. Reichel, Archiv f. d. zivil. Prax. 126, S. 320).

könne. Denn Voraussetzungen und Wirkung dieser Erklärung sind durchaus zu unterscheiden. Die Voraussetzungen sind nach dem Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung zu bemessen. Danach ist aber Aufrechnung nur möglich zwischen Personen, die einander Leistungen schulden (§ 387), nicht aber zwischen solchen, die sich Leistungen geschuldet haben. Das letztere ist durchaus nicht der Sinn der Rückwirkung[31]). Ihr rechtspolitischer Zweck ist vielmehr, zu vermeiden, daß Vertragsstrafe, Verzugsfolgen und Verzinsung nicht ausschließlich nach der Zeit der Aufrechnungserklärung beurteilt werden müssen, sondern dem aufrechnungsberechtigten Schuldner die Vorteile aus der Aufrechenbarkeit erhalten bleiben sollen. In der Hauptsache aus diesen wirtschaftlichen Gründen hat man die Fiktion der Rückwirkung in § 389 vorgeschrieben[32]). § 389 enthält nur das Prinzip: die Forderungen gelten im Fall der Aufrechnungserklärung als in dem Augenblick ihres Gegenübertretens erloschen[33]); sie sind es aber nicht. Sie werden vielmehr so geschuldet wie von ihrer Entstehung an.

Fällt nun eine Forderung fort, so wird die Aufrechnungslage zerstört. Das kann verschiedene Gründe haben: Anfechtung der einen Forderung, Eintritt einer auflösenden

---

31) Würden alle Forderungen, die einmal in eine Aufrechnungslage gekommen sind, nur durch Aufrechnung untergehen können, weil jede andere inzwischen eingetretene Zerstörungstatsache durch die Aufrechnungserklärung in unbestimmter Zukunft einmal infolge der dinglichen Rückwirkung ungeschehen gemacht werden könnte, so wären alle aufrechenbaren Forderungen wirtschaftlich wertlos und damit dem Verkehr entzogen.

32) Motive S. 109; Schollmeyer, S. 358. Der Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung wäre deshalb untauglich, weil er vom Belieben des Erklärenden abhängt und vom Gegner nicht voraus berechnet werden kann. Es bleibt tatsächlich nur der Zeitpunkt, in dem die Forderungen aufrechenbar werden. Jeder andere Tag wäre willkürlich (Reichel, Archiv f. zivil. Prax., Bd. 126, S. 320).

33) Die Partei rechnet auf mit der Wirkung des „ipso iure compensatur" (Reichel a. a. O.); über dieses vgl. die späteren Ausführungen, S. 20 ff.

Bedingung, Ausübung eines gesetzlichen[34]) Rücktrittsrechts können in gleicher Weise die Aufrechnungslage beseitigen. Genau so kann es der Verpflichtete, indem er die wie von Anfang an allein geschuldete Leistung bewirkt. Dann hat er seine Schuld erfüllt. Er kann nun nicht durch eine nachgeholte Aufrechnungserklärung dasselbe bewirken wollen. Denn die Aufrechnungserklärung soll doch Erfüllung der Forderungen bewirken[35]); dazu setzt sie aber wie jeder andere Erfüllung bezweckende Rechtsakt das Vorhandensein einer noch zu erfüllenden Schuld voraus. Wenn aber infolge Leistung des Geschuldeten durch den einen Verpflichteten die eine Forderung erloschen ist, nunmehr nur noch eine Person schuldet, damit die Aufrechnungslage als erste unerläßliche Voraussetzung der Aufrechnung zerstört und etwas zu Erfüllendes überhaupt nicht mehr vorhanden ist, so ist Aufrechnungserklärung zwecklos und wirkungslos: Erfülltes kann nicht auf andere Weise noch einmal erfüllt werden. Der Zahlende kann also die versäumte Aufrechnung durch nachträgliche Erklärung nicht wirksam nachholen.

Daß er aber auch das Gezahlte nicht als Nichtschuld nach § 812 zurückfordern kann, das folgt nicht nur aus dem Nichteinwirken der Aufrechnungslage auf den Bestand der Forderungen, sondern auch aus der Rechtsnatur der Aufrechnung als Erfüllungsersatz. Aus ihrem Zweck, die Erfüllung zu ersetzen, folgt klar, daß sie keine Eigenschaft der Forderung ist; denn die Erfüllung ist keine Eigenschaft, sondern das Ziel der Forderung[36]). Aufrechnung ist aber nur Ersatz für die Erfüllung und nicht selbst Erfüllung, schon weil der Gläubiger nicht das geschuldete Objekt, das den Inhalt des Schuldverhältnisses bildet, und das gar nicht vorhanden sein muß, erhält[37]), und weil er sich bei der Erfüllung

34) Denn § 357 bezieht sich nur auf das vertragsmäßige Rücktrittsrecht (s. dazu a. Endemann, S. 825).

35) RG. 120, 282; RG. JW. 29, 849.

36) RG. 120, 281.

37) Kohler, Zeitschr. f. ZivPr. XXIV, S. 4; Lippmann, S. 220; Dernburg, Kompensation, S. 359; Schlichting, S. 75; Fröhlich, S. 29.

keine Teilzahlungen gefallen lassen muß, während Teilaufrechnung möglich ist[38]) (die Forderungen erlöschen, soweit sie sich decken). Daß Aufrechnung nicht der Zahlung gleich ist, was Liebknecht und Stölzel[39]) annehmen, zeigt sich deutlich im Fall der Abtretung nach § 406: durch die Aufrechnung des Schuldners wird der Erwerber nicht befriedigt, denn er wird dadurch nicht von einer Schuldverbindlichkeit befreit, der abtretende Gläubiger aber wird von seiner Schuld befreit, obgleich ihm die Forderung nicht mehr zustand[40]). Aufrechnung wirkt auch ganz anders als die nur ex nunc wirkende Erfüllung. Aber auch wirtschaftlich steht sie oft nicht der Erfüllung gleich[41]). Es ist nicht dasselbe, ob man bares Geld bekommt oder sich nur mit Befreiung von einer eigenen Schuld begnügen muß. Dem Gläubiger-Schuldner kann es von größter Wichtigkeit sein, bares Geld zu erhalten, wenn er selbst anderweitige Verpflichtungen im Augenblick erfüllen muß, auch wenn er demnächst oder auch sofort dem Gegner seinerseits etwas leisten muß[42]).

Es wäre auch verfehlt, die Aufrechnung für einen zweiseitigen Erlaß zu halten[43]); denn der Erlaß kann als abstrakter Akt den verschiedensten Zwecken dienen, ohne daß seine Gültigkeit von der Erreichung des Zweckes abhängig ist. Dagegen dient die Aufrechnung der Tilgung der Gegenforderung und ist mit diesem Zweck untrennbar verbunden. Aus dieser begrifflichen Verbindung von Leistungszweck und Leistungsakt aber folgt ihre Verschiedenheit vom Erlaß[44]).

Ganz abzulehnen ist schließlich auch der Versuch, die Aufrechnung durch ein Pfandrecht an eigener Schuld zu er-

---

38) Schlichting, Fröhlich a. a. O.

39) Liebknecht, S. 105, Stölzel, Schulung 2, S. 2 ff., 97.

40) Endemann, S. 820.

41) a. A. Staudinger, Vorbem. vor § 383; Appel, S. 59; Schlichting, S. 75; Fröhlich, S. 29 f.

42) Anders ist es im französischen Recht; dort gilt: „qui compense, paie", zit. bei Oertmann, rechtl. Natur der Aufrechnung S. 377.

43) s. Siber, S. 136.

44) Oertmann, rechtl. Natur, S. 413.

klären [45]), also nicht nur als Befriedigungs-, sondern vielmehr besonders als Sicherungsrecht. Die Aufrechnungserklärung wäre dann Betätigung dieses Pfandrechts, nämlich ein der Einziehung beim gewöhnlichen Forderungspfandrecht entsprechender Befriedigungsakt für die durch das Aufrechnungsrecht gesicherte eigene Forderung [46]). Es erscheint auf den ersten Blick befremdlich und bedenklich, eine so wichtige und auf so langer geschichtlicher Entwicklung beruhende Einrichtung des Rechts, wie es die Aufrechnung ist, durch die doch recht gekünstelte Konstruktion eines ihm völlig wesensfremden Pfandrechts an eigener Schuld erklären zu wollen. Der Kreis der gesetzlichen Pfandrechte ist im Gesetz ein geschlossener; und auch die systematische Stellung der Aufrechnung im Gesetz in dem Abschnitt „Erlöschen der Schuldverhältnisse" bietet keinen Anhalt für diese Konstruktion, sondern spricht deutlich dagegen. Aber auch begrifflich besteht ein grundlegender Unterschied. Die Aufrechnung opfert die eigene Forderung auf, um dadurch die Gegenforderung erlöschen zu lassen. Das Pfandrecht an eigener Schuld dagegen soll gerade die eigene Forderung decken und ihre Durchführung sicherstellen. Das Aufrechnungsrecht soll nach dem Sinn des Gesetzes dem Schuldner eine bevorzugte Stellung geben, das Pfandrecht dagegen gerade den Gläubiger sichern [47]). Dieses setzt auch nicht Fälligkeit und Gleichartigkeit der Forderungen voraus [48]). Und schließlich steht § 396, Abs. 1, Satz 1, entgegen: wenn das Aufrechnungsrecht ein Pfandrecht an eigener Schuld wäre und man an der im Zeitpunkt des Forderungserwerbes bereits bestehenden Gegenforderung ein Pfandrecht erwürbe, so wäre doch nicht zu erklären, daß dies Pfandrecht sich auch auf jede beliebige Forderung des Gegners einschließlich der erst

---

45) Weigelin, S. 39.

46) Weigelin, S. 42, ähnlich Leonhard, Archiv für bürgerl. Recht, Bd. 21, S. 210 f.

47) Oertmann, rechtl. Natur, S. 416.

48) Gmür, schweizerisches Zivil-Gesetzbuch, Vorbem. I 3 b vor Art. 120.

in Zukunft entstehenden erstrecken soll[49]). Das wäre begrifflich unmöglich.

Kohler, der zunächst die Theorie der suspensiven Tilgung vertreten hatte, hat diese Ansicht bald aufgegeben und die Aufrechnungserklärung als eine Anweisung an den Schuldner erklärt, statt an seinen Gläubiger und Gegenschuldner an sich selbst zu zahlen. Die Aufrechnungslage bezeichnet er nunmehr mit „Vinkulierungszustand“[50]). Damit entfernt er sich von der Theorie der suspensiven Tilgung insofern, als die Anweisung nicht deklaratorisch, sondern konstitutiv wirkt (§§ 783 ff BGB.): man kann jemand nur anweisen zu zahlen, nicht aber, gezahlt zu haben! Man kann aber überhaupt nicht durch Anweisung jemand verpflichten, an sich selbst zu zahlen, denn weder als Assignat noch als Assignatar wäre der Gegner ohne weiteres zur Annahme der Anweisung des Kompensanten verpflichtet. Auch bedarf die Anweisung der Annahme, wenn eine Pflicht zur Leistung daraus hergeleitet werden soll (§ 784)[51]), Aufrechnung dagegen wird bewirkt durch einseitige Erklärung. Die Aufrechnung hat ferner rückwirkende Kraft, Zahlung aber nicht: also kann auch Zahlungsanweisung nicht rückwirkende Kraft haben[52]). Die Erklärung der Aufrechnung als Anweisung widerspricht auch dem beabsichtigten Zweck der Aufrechnung, die doch Forderungen zum Erlöschen bringen soll, was sich ohne weiteres aus ihrer Stellung im Gesetz ergibt. Durch die Anweisung aber und selbst durch ihre Annahme erlöschen Forderungen noch nicht. Es entstehen vielmehr oft neue Forderungsrechte[53]). Die Anweisung kann als sogen. Anweisung auf Kredit auch bewußt auf eine Nichtschuld gehen[54]), die Aufrechnung dagegen nicht[55]). Mit der Er-

---

49) Oertmann, rechtl. Natur, S. 400.

50) Zeitschr. f. ZivPr., Bd. 24, S. 3, 34 ff.

51) Liebknecht, S. 116; Schlichting, S. 76.

52) Oertmann, Arch. f. ziv. Pr. 113, 384.

53) Daß bei der Anweisungstheorie das Forderungsrecht des Gläubigers erlischt, ist nur etwas Zufälliges, keine Notwendigkeit. s. Lippmann, S. 516.

54) Lippmann, S. 519.

teilung der „Anweisung", nämlich der Aufrechnungserklärung, soll ferner schon die Zahlung selbst vollzogen sein. Das steht aber im Widerspruch mit dem Gesetz, denn Anweisung ist nicht Zahlung, weder im Verhältnis des Anweisenden zum Angewiesenen noch im Verhältnis des Angewiesenen zum Anweisungsempfänger. Erst durch die tatsächliche Leistung tritt Befreiung ein (§§ 787, 788). Der Angewiesene braucht auch schließlich die Anweisung, selbst wenn er Schuldner des Anweisenden ist, nicht anzunehmen (§ 787,2). Wenn er das nicht braucht, dann läßt sich aber auch nicht erklären, daß durch die Aufrechnungserklärung (= Anweisung) die gegenseitigen Forderungen erlöschen sollen [56]). Die Kohlersche Theorie ist also nicht haltbar.

Aus ihrer Stellung im Gesetz unter dem Abschnitt „Erlöschen der Schuldverhältnisse" ist vielmehr gerade klar zu ersehen, daß die beabsichtigte Wirkung der Aufrechnung das Erlöschen der Forderungen ist, und daß sie gerade die Erfüllung vermeidet, also nicht Erfüllung ist, sondern als selbständiger Erlöschensgrund [57]) neben ihr steht, wie Hinterlegung und Erlaß. Sie dient als doppelseitiger Schuldtilgungsgrund, denn sie schafft Befriedigung des Gläubigers durch Befreiung von seiner eigenen Schuld und umgekehrt Befriedigung des Schuldners dadurch, daß der Gegenanspruch des Gläubigers aufgehoben wird [58]). Der Gläubiger darf sich

---

55) a. A. Leonhard, Aufrechnung gegen eine Nichtschuld, Arch. f. bürgl. R. 21, S. 189: „Die Erklärung, eine bestimmte Schuld zu erfüllen, führt zur Tilgung auch dann, wenn die Schuld nicht besteht." Zur Tilgung welcher „Schuld" aber diese Erklärung führen soll, was überhaupt Gegenstand dieser „Tilgung" sein soll, wenn eine Schuld nicht besteht, ist unerfindlich. (S. a. Simon, S. 65 f. und Endemann, S. 825.)

56) und daß der Gegner des Aufrechnenden, also der Angewiesene, kein Widerspruchsrecht gegen die Aufrechnungserklärung hat (Lippmann, S. 517).

57) Oertmann, Schuldverhältnisse, Vorbem. 5 vor § 387. Planck-Siber, Vorbem. 2b vor § 387. Gmür, schweiz. ZGB., Vorbem. 1 vor Art. 120.

58) Reichel sagt deswegen (Arch. f. zivil. Pr. 125, S. 179), sie habe ein Janusantlitz. S. a. Motive, S. 42; RG. 11, 121.

nicht weigern, sofern er Schuldner der Gegenforderung ist, diese Gegenforderung, die er selbst schuldet, wie bares Geld gewissermaßen „anzunehmen". Man wird daher das Aufrechnungsrecht als ein Zwangsverwertungsrecht [59]) bezeichnen können, kraft dessen man als Erfüllungssurrogat [60]) durch einseitige Erklärung eine Gegenforderung zur Befriedigung seiner eigenen Forderung unter Aufopferung dieser verwenden kann. Die einseitige Zerstörung der gegnerischen Forderung ist das Mittel, durch dessen Anwendung man die eigene Forderung befriedigt [61]) und damit auch diese zum Erlöschen bringt. Es erscheint daher als zu eng, die Aufrechnung nur als Gläubigerakt, Eigenbefriedigung [62]) oder als Schuldnerakt, Leistung [63]) anzusehen. Sie ist stets beides, denn beide Gegner sind Gläubiger und Schuldner in einer Person und werden durch den Vollzug der Aufrechnung in beiden Rechtsstellungen berührt.

Wenn einem aber auch das Aufrechnungsrecht zusteht, so schuldet man doch immer allein die ursprüngliche Leistung so wie von deren Entstehung an, und die Aufrechnungsbefugnis stellt nur einen vom Gesetz gewährten Erfüllungsersatz zur Ersparung unnötigen Hin- und Herzahlens dar [64]). Durch das Recht zur Aufrechnung als Erfüllungsersatz werden die Forderungen eben so wenig berührt wie durch die Pflicht, sie real durch Zahlung zu erfüllen. Hat man also die geschuldete Leistung durch normale Erfüllung bewirkt, ohne von diesem Erfüllungssurrogat Gebrauch zu machen, so erscheint es auch wegen dieser Rechtsnatur der Aufrechnungsbefugnis nicht möglich, einer nachträglichen Benutzung des Erfüllungsersatzes nach ordnungsmäßig geschehener Er-

59) Oertmann, Schuldverhältnisse, Vorbem. 5 vor § 387.

60) RG. 120, 282; Staudinger, Vorbem. vor § 383; Meyer, S. 22; Crome, S. 288; Schlichting, S. 19.

61) S. a. § 770: Der Bürge kann die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners befriedigen kann. S. a. Motive 2, S. 108.

62) Götte, S. 164; Fröhlich, S. 27.

63) Oertmann, Schuldverhältnisse a. a. O.

64) S. a. Gmür, Vorbem. 1 vor Art. 120.

füllung, die bereits den Untergang der Schuld bewirkt hat, noch Wirkung beizulegen: denn die Schuld ist erloschen; die Aufrechnung setzt aber als Erfüllungssurrogat wie jeder Erfüllung bezweckende Rechtsakt begrifflich voraus, daß etwas zu Erfüllendes vorhanden ist[65]). Der Zahlende kann also die versäumte Aufrechnung durch nachträgliche Erklärung nicht bewirken: denn da die Aufrechenbarkeit allein die Forderungen nicht zum Erlöschen gebracht hat, hat er seine wirkliche Schuld bezahlt; und weil die Aufrechnungslage dadurch zerstört ist und eine unerläßliche Voraussetzung wirksamer Aufrechnung nunmehr fehlt, kann die Aufrechnungserklärung nicht Aufrechnungswirkung haben. Er kann also die Zahlung durch eine derartige Aufrechnungserklärung nicht nachträglich zu einem „indebitum" machen, um das Gezahlte mit der condictio indebiti zurückzufordern.

§ 4.

Die Darstellung der Wirkung und Rechtsnatur der Aufrechnung führt als Grundlage hin zu der Untersuchung der Konstruktionen, die eine Rückforderung des Gezahlten mit Hilfe von § 813 BGB. ermöglichen wollen, auf die sich die Revision in dem Reichsgerichtsurteil gestützt hatte, und die das Urteil ohne eingehendere Begründung ablehnt. Denn wie bei Zahlung einer Nichtschuld gewährt § 813 einen Rückforderungsanspruch, wenn die erfüllte Forderung mit einer Einrede behaftet war. Wäre nun das Aufrechnungsrecht des Schuldners eine solche Einrede, so würde durch eine derartige Belastung der erfüllten Forderung im Augenblick der Zahlung eine Rückforderung des Gezahlten nach § 813 begründet und nunmehr die Aufrechnung erklärt werden können. Das scheint umso näher zu liegen, als auch das gemeine Recht, wenn auch nach langem Streit, so entschied.

Man hatte zunächst in Rom die dem strengen Recht fremde Aufrechnung durch gegenseitige Acceptilation, also

65) Liebknecht, S. 111; Stölzel, S. 135 f.; s. a. Endemann, S. 825.

Erlaßvertrag, ersetzt [1]). Doch erforderte der Handel, der dies alsbald als zu schwerfällig empfand, bald eine Sonderregel für den argentarius bei der Einklagung des Saldos gegen den Kunden und für den bonorum emptor im Konkurs des Gläubigerschuldners. Das agere cum compensatione bedingte die Kondemnation bereits durch Selbstaufrechnung des klagenden Bankhalters, während das agere cum deductione des bonorum emptor die Kondemnation durch richterliche Kompensation minderte [2]). Zunächst in bonae fidei iudiciis, seit der Kaiserzeit aber auch in stricti iuris iudiciis wurde die Aufrechnung dann auch allgemein zugelassen, wenn die exceptio doli durch den Beklagten vorgebracht wurde [3]), denn: „dolo facit, qui petit, quod rediturus est“ [4]). Seit einem Reskript von Marc Aurel war schließlich im klassischen Recht die Aufrechnung ein Recht der Parteien geworden, und der Richter verurteilte direkt zur Zahlung der Differenz [5]). „Nostra constitutio eas compensationes, quae iure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso iure minuant sive in rem, sive personales sive alias quascumque“ [6]). Konnexität der Forderungen war nicht mehr erforderlich. Das justinianische Recht endlich machte keinen Unterschied mehr zwischen Aufrechnung in freien oder strengen Klagen und erstreckte die Zulässigkeit der Kompensation auch auf Ansprüche, die mit dinglicher Klage geltend gemacht wurden, wenn nämlich mit dinglicher Klage ein Schadensersatz gefordert wurde: „compensationes ex omnibus actionibus ipso iure fieri sancimus“ [7]).

Um dies „ipso iure compensari“ entstand nun ein heftiger Streit über das Wesen und den Vollzug der Aufrechnung: ob sie ein Rechtsereignis, eine Tatsache, oder eine Rechtshandlung, der Parteien oder des Gerichts, sei. Nimmt man

1) Dernburg, S. 15.
2) Dernburg, S. 21; Sohm, S. 604 f.; Jörs, S. 137.
3) Dernburg, S. 87, 186, 244, 351; Sohm, S. 603, 606; a. Meinung Jörs, S. 139, Anm. 1 und Lenel, S. 146.
4) l 8 pr. D. 44, 4 (Mommsen-Krüger, S. 762).
5) Lenel, S. 142, 144; Marckwald, S. 7.
6) § 30, J. 4, 6 (Mommsen-Krüger, S. 49).
7) lex ultima C 4, 31; Dernburg, S. 351; Sohm, S. 608; Jörs, S. 139.

das erste an, so bedeutet „ipso iure“: von selbst, im Gegensatz zu „facto hominis“. So lehrte schon Theophilos: „ἅμα τῷ ἀντεποφειληθῆναι ἢ κατ' ἐμοῦ ἀγωγὴ μειοῦται“[8]), aber auch in neuerer Zeit wird von Lenel und Jörs diese Ansicht für das gemeine Recht vertreten. Als Beweis führt man die Stellen l 10 D 16,2, l 4 D 16,2 und l 21 D 16,2 an[9]): „desinere nos invicem esse obligatos ipso iure compensatione facta“; „ipso iure eo minus fideiussorem debere quod ex compensatione reus retinere potest“; „id quod invicem debetur, ipso iure compensari“. Jedenfalls ging diese Lehre in den code civil und das Allgemeine Landrecht über: Art. 1290 c. c.: „la compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs“; § 301 ALR. I,16: „Sobald die Forderung, durch welche die Kompensation gesetzmäßig begründet wird, entstanden ist, wird auch die Schuld, soweit die Kompensation reicht, für erloschen erachtet.“

Daß diese Auslegung aber mit den Quellen nicht vereinbar ist, wurde schon früh erkannt. Denn l 10 § 1 D 16,2 z. B. sagt: „si quis compensare potens solverit“, man würde aber nicht von einem Können des Aufrechnenden sprechen, wenn die Aufrechnung dem Willen der Parteien entzogen und bereits von selbst sine facto hominis eingetreten wäre. Wahrscheinlich ist das ipso iure, mindestens an einigen der angeführten Stellen, sogar für interpoliert zu halten, so daß auch die Gegenmeinung sich gar nicht darauf stützen könnte[10]). Die andere Ansicht wurde zuerst von Azo aufgestellt und gewann große Bedeutung für das gemeine Recht: die Parteierklärung vollziehe die Aufrechnung, der Richter stelle die eingetretene und zu Unrecht geleugnete Aufrechnung durch das deklaratorische Urteil lediglich fest[11]). Damit ist der Vollzug, aber noch nicht das Wesen

---

8) Zit. bei Lenel, S. 141 und bei Fiegen, S. 6, Anm. 1.

9) Mommsen-Krüger, S. 208 f.

10) Enneccerus I, 2, § 294, Anm. 6; a. Meinung Lenel, S. 141 und teilweise Jörs, S. 137.

11) Leonhard, S. 108 ff.; Kohler, Zeitschr. f. ZivPr., Bd. 20, S. 2, 6 usw.; RG. 11, 119 f.; Sächs. BGB. von 1863: § 992.

des Aufrechnungsrechts bestimmt. Es ist für das gemeine Recht mit der herrschenden Lehre [12]) als Einrede, exceptio perpetua, anzusehen. Als solche ist es ein allgemein feststehendes Recht der Parteien, „merum ius compensationis“ [13]), deren Willenstätigkeit zu seinem Wirksamwerden erforderlich ist. Wird Aufrechnung beantragt, so wird als Zeitpunkt der Tilgung der Augenblick zugrunde gelegt, in dem die Forderungen sich aufrechenbar gegenübertraten. Dies erklärt sich daraus, daß in diesem Zeitpunkt jede Partei gegenüber dem Anspruch auf Zahlung eine Einrede, nämlich das Aufrechnungsrecht, erhält; von diesem Augenblick an wirkt die exeptio befreiend [14]), das Urteil wirkt also „deklaratorisch“ „ex tunc“. Denn die Berufung auf die Gegenforderung schafft nicht erst das Einrederecht, sondern ist Gebrauchen des bereits erworbenen. Nicht das Forderungsrecht wird ipso iure aufgehoben, sondern die Kompensation, das Aufrechnungsrecht, tritt ipso iure ein als eine von den Forderungen ausgehende Kraft, die sie durch die exceptio nach der Seite ihrer Wirksamkeit aufhebt. Die Gegenforderungen werden in ihrer Kraft gelähmt, weil sie mit einer Einrede „affiziert“ sind (Affektionstheorie!). Die Aufhebung aber tritt nicht ipso iure ein, sondern erfolgt außergerichtlich durch Vertrag, im Prozeß durch das Urteil [15]).

Aus der Rechtsnatur des Aufrechnungsrechts als exceptio folgt für das gemeine Recht, daß der Schuldner nicht mehr zur Erfüllung gezwungen werden kann, er also von Beginn der Aufrechenbarkeit nicht mehr verpflichtet ist: „desinit debitor esse is, qui nanctus est exceptionem“ [16]). Wer aber in Unkenntnis dieses Einrederechts, der Aufrechenbarkeit, gezahlt hat, kann das Gezahlte zurückfordern: „qui exceptionem perpetuam habet, solutum per errorem repetere potest“ [17]), und zwar wie ein indebitum: „indebitum autem solutum accepimus

---

12) Dernburg, Windscheid, RG.
13) l 36 D 26, 7 (Mommsen-Krüger, S. 344).
14) Dernburg, S. 311—313 und S. 584 f.
15) Windscheid, S. 463, § 349; RG. 11, 119.
16) l 66 D 50, 17 (Mommsen-Krüger, S. 869).
17) l 40 D 12, 6 (Mommsen-Krüger, S. 172).

non solum, si omnino non debeatur, sed et si per aliquam exceptionem perpetuam peti non poterat“ [18]). Die Voraussetzungen der condictio sind also gegeben: Zahlung zum Zwecke der Schuldtilgung in entschuldbarer Unkenntnis darüber, daß die Forderung einredebehaftet und damit einem indebitum gleichgestellt war [19]). Und so bestimmt denn auch l 10 § 1 D 16,2: „si quis igitur compensare potens solverit, condicere potest quasi indebito soluto“ [20]).

Es liegt nahe, diese Konstruktion der Aufrechnung als Einrede gerade auf Grund der geschichtlichen Entwicklung als auch für das BGB. zutreffend zu vermuten. Eine solche Auffassung findet sich für das moderne schweizerische Obligationenrecht z. B. in dessen Kommentar von Fick (Anm. 6 zu Art. 120; Anm. 7 zu Art. 124). Für das deutsche Recht wird sie nur von Hellwig vertreten [21]). Sie ergibt sich jedoch aus dessen besonderer Konstruktion des Begriffs der Einrede, die nicht der herrschenden Lehre entspricht [22]). Nach dieser ist Einrederecht das Recht, die Befriedigung eines Anspruches zu verweigern, also ein Leistungsverweigerungsrecht, das zwar die Durchsetzung des einredebehafteten Anspruchs hemmt, seinen Bestand aber nicht beeinflußt. Daß die Aufrechnungslage ebenfalls den Bestand der Forderungen nicht berührt, wurde bei der Erörterung von § 812 dargelegt. Es wurde aber auch bereits festgestellt, daß trotz aufrechenbaren Gegenüberstehens der Forderungen deren reale Erfüllung geschuldet wird, und daß es dem Schuldner lediglich gestattet ist, seine Befreiung durch Anwendung eines Ersatzes dieser realen Erfüllung unter gleichzeitiger Befriedigung seiner Gegenforderung herbeizuführen. Die Durchführung der aufrechenbaren Forderung ist also keineswegs ge-

---

18) l 26 § 3 D 12, 6 (Mommsen-Krüger, S. 170).
19) v. Tuhr, Festgabe, S. 297; Jung, S. 59.
20) Mommsen-Krüger, S. 209.
21) Anspruch und Klagrecht, S. 20.
22) Er nimmt für den Fall, daß der Kläger einer Einrede wegen abgewiesen ist, als Wirkung der Einrede Aufhebung des geltend gemachten Anspruchs mit rückwirkender Kraft an.

hemmt, der Schuldner muß erfüllen, nur darf er statt gewöhnlicher Erfüllung sich eines Erfüllungssurrogates bedienen.

Das Gesetz stellt übrigens Aufrechnungsrecht und Einrederecht in Gegensatz, z. B. in den §§ 768 und 770. § 768 gibt dem Bürgen das Recht, die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend zu machen. § 770 gibt ihm das weitere Recht, einredeweise geltend zu machen, daß der Gläubiger sich durch Aufrechnung gegen den Hauptschuldner befriedigen könne. § 770 betrifft also den Fall, daß der Forderung des Gläubigers eine Forderung des Hauptschuldners in der Aufrechnungslage gegenübersteht, die Aufrechnungserklärung aber noch von keinem Teil abgegeben ist. Würde diese Aufrechnungslage eine Einrede erzeugen, so wäre § 770 überflüssig, denn dann hätte der Hauptschuldner als Gläubiger seiner Gegenforderung ja eine Einrede, auf die sich der Bürge schon nach § 768 berufen könnte.

Noch eine andere Ueberlegung zeigt aber, daß man mit der Annahme einer Einrede nicht zum Ziele kommt: würde die Aufrechnungslage eine Einrede erzeugen, so müßten notwendigerweise beide sich aufrechenbar gegenüberstehenden Forderungen damit behaftet sein. Nun bestimmt aber § 390 BGB. klar und unzweideutig: „eine Forderung, der eine Einrede entgegensteht, kann nicht aufgerechnet werden". Da beiden Forderungen in der Gegenforderung eine Einrede entgegenstünde, könnten beide nicht zur Aufrechnung verwertet werden: eine außervertragliche Aufrechnung durch einseitige Erklärung, wie sie in den §§ 387—396 BGB. ausführlich geregelt ist, wäre überhaupt unmöglich!

Dieser Einwand ist natürlich auch der herrschenden Lehre des gemeinen Rechts entgegengesetzt worden. Daß er aber dieser gegenüber nicht durchgreift, folgt aus der in l 14 D 16,2 [23]) getroffenen Bestimmung, die etwa die Stelle des § 390 BGB. einnimmt. Das gemeine Recht sagt aber nicht: „eine Forderung, der eine Einrede entgegensteht, kann nicht aufgerechnet werden", sondern: „quaecumque per ex-

23) Mommsen-Krüger, S. 209.

ceptionem perimi possunt, in compensationem non veniunt", das bedeutet, daß Forderungen nicht aufgerechnet werden können, die bereits einredebehaftet sind in dem Augenblick, wo sie sich aufrechenbar gegenübertreten. Mit der exceptio compensationis behaftet werden die Forderungen aber erst durch dieses Gegenübertreten. „Veniunt in compensationem" also nicht als Forderungen, „quae per exceptionem perimi possunt", sondern erst, nachdem sie in die Aufrechnungslage, „in compensationem" gekommen sind, werden sie zu solchen, „quae per exceptionem perimi possunt". Für das gemeine Recht steht also der für das bürgerliche Recht geltend gemachte Einwand der Konstruktion der Aufrechnung als Einrede nicht entgegen.

Aber auch nach erfolgter Aufrechnungserklärung und nunmehr vollzogener Aufrechnung ist deren Geltendmachung keine Einrede. Denn da durch die Aufrechnung wie durch Zahlung die Schuld untergeht, erzeugt die vollzogene Aufrechnung wie die Zahlung nur die materielle Einwendung, daß der Gläubiger befriedigt sei[24]). Uebrigens führt auch die Aufrechnung gegen dingliche Ansprüche in der Regel zu deren Uebergang auf den Aufrechnenden. Es erlischt in diesem Fall nur die Aktivforderung; eine Passivforderung, die erlöschen könnte, ist nicht vorhanden. Dafür vollzieht sich mit Wirksamwerden der Aufrechnungserklärung ein gesetzlicher Forderungsübergang mit allen akzessorischen Rechten auf den Aufrechnenden. Das Vorbringen einer Einrede aber hat diese Wirkung nicht[25]).

Es wird denn auch allgemein zugegeben, daß die Aufrechnung nicht Einrede im Sinne des § 813 ist, dessen direkte Anwendung für unseren Fall also nicht möglich ist; aber man hat gemeint: wenn auch Aufrechnung nicht gleich Einrede sei, so unterscheide sich doch beider Wirkung nicht, die der Aufrechnung, die die Forderung vernichte, gehe jedoch sogar

24) So schon Motive, S. 59. Endemann, S. 825: „Leugnen des Klaganspruches". Ferner Endemann, S. 512. Kikath, S. 92. S. a. RG., JW. 07, 742.

25) Vgl. §§ 1142 und 1143 BGB.; hierzu s. Schlichting, S. 56; Lang, S. 58.

über die einer bloßen Einrede, die nur die Durchsetzung der Forderung hemme, hinaus [26]). Es sei daher sinnlos, bei einem materiell stärker beeinträchtigten Anspruch die condictio zu verweigern, die § 813 sogar bei einem weniger beeinflußten gewähre; § 813 sei „ein treffliches argumentum a fortiori" dafür [27]).

Diese Ansicht läßt sich nach dem, was über die Wirkung der Aufrechnungslage auf die Forderungen gesagt wurde, sehr schnell widerlegen. Sie beruht auf einer Verwechselung der Wirkung der Aufrechnungslage mit der der vollzogenen Aufrechnung, des Aufrechnen-Könnens mit dem Aufgerechnet-Haben! Das Aufrechnen-Können, die Aufrechnungslage, wirkt nicht auf den Bestand der Forderungen und hemmt auch nicht ihre Durchsetzung. Erst die Aufrechnungserklärung hat, wenn sie abgegeben wird, solange die Aufrechnungslage noch besteht, die Tilgungskraft des Erfüllungssurrogates „Aufrechnung". Oertmann unterstellt also der Aufrechnungslage die Wirkung, die erst durch ihr Zusammenwirken mit der Aufrechnungserklärung ausgelöst wird. Nicht das Aufrechnungsrecht, sondern seine wirksame Ausübung hat Tilgungskraft. Will man aber mit Hilfe von § 813 kondizieren, so kommt es immer auf den Augenblick der Zahlung an, als das Aufrechnungsrecht noch nicht ausgeübt war, also die mit der Wirkung der Einrede des § 813 zu vergleichende und sie übertreffende Wirkung der Aufrechnung noch nicht eingetreten war. Mit der rückwirkenden Kraft der Aufrechnung ist auch hier nicht zu helfen: sie betrifft Inhalt und Wirkung der Aufrechnungserklärung, berührt aber ihre Voraussetzung, Vorhandensein der Aufrechnungslage, nicht. Sie kann daher auch nicht ermöglichen, daß die wegen Fehlens der Aufrechnungslage unwirksame Aufrechnungserklärung wirksam wird, weil in dem Zeitpunkt, auf den die Aufrechnung zurückwirken würde, die Aufrechnungslage vor-

---

26) Oertmann, Schuldverhältnisse, § 389, Anm. 1; Cosack, § 170, II, 3; Meyer, S. 48 f.; Jaeger, Konkursordnung, Vorbem. 4 v. § 53.

27) Oertmann, a. a. O.

handen war[28]). Eine analoge Anwendung von § 813 ist so also nicht durchführbar, und auf diesem Wege ein Rückforderungsrecht nicht zu begründen[29]).

Man hat nun gesagt, die Aufrechnung sei keine Pflicht, sondern nur ein Recht des Schuldners; wenn der aufrechnungsberechtigte Schuldner also befugt sei, sich und den Gegner durch Aufrechnung abzufinden, so stelle diese Befugnis eine sogenannte facultas alternativa, Abfindungs- oder Ersetzungsbefugnis dar[30]). Die Ersetzungsbefugnis aber begründe eine anspruchändernde Einrede nach § 813 BGB. Und selbst wenn man in ihr keine derartige Einrede sehen wolle, so beeinflusse und ändere sie doch jedenfalls den Schuldinhalt, denn sie gehöre zur Substanz der Forderung. Habe also der Schuldner in Unkenntnis dieser facultas alternativa „Aufrechnungsrecht" die Forderung realiter erfüllt, so könne er deswegen das Gezahlte als ungerechtfertigte Bereicherung zurückfordern, weil er die Erfüllung der durch die Ersetzungsbefugnis ihrem Inhalt nach geänderten Forderung nicht so geschuldet habe, wie er sie zu schulden glaubte und daher erfüllt habe.

Um zu dieser Meinung Stellung zu nehmen, müssen wir zunächst einmal das Wesen der Ersetzungsbefugnis untersuchen. Sie hat im BGB. eine allgemeine Regelung nicht gefunden, in einer ganzen Reihe von dem Gesetz selbst begründeter Rechtsverhältnisse ist jedoch eine solche Befugnis geschaffen. Das Ziel jeden Schuldverhältnisses ist seine Erfüllung, und zwar Erfüllung durch Bewirkung derjenigen Leistung, die den Inhalt der Schuldverbindlichkeit bildet. Gerade die Leistung, die durch die rechtsbegründenden Tatsachen als zur Erfüllung geeignet bestimmt ist, muß der Verpflichtete bewirken. Der gleiche wirtschaftliche Erfolg kann je-

---

28) S. o. S. 12 ff.; Siber, S. 126.

29) S. auch die kurze Bemerkung des RG. zu dieser Theorie in dem Urteil RG. 120, 280 ff.

30) RGKomm. § 813, Anm. 3; Oertmann, Vorbem. vor § 387; Planck-Siber, § 389, Anm. 3; v. Mayr, S. 461; Siber, S. 133 (für die Annahme einer facultas alternativa, aber gegen Kondiktion).

doch oft auch durch verschiedene Leistungen herbeigeführt werden. Wenn also die rechtsbegründenden Tatsachen neben der den Gegenstand des Anspruchs bildenden Leistung noch eine andere als in gleicher Weise zweckdienlich bezeichnen, so ist damit dem Verpflichteten die Befugnis gegeben, sich auch durch die andere Leistung von seiner Verbindlichkeit zu befreien. Und auch noch nach Begründung des bestimmten Anspruchs kann eine gleichwertige Leistung als zur Befreiung geeignet dem Schuldner bezeichnet werden. Der Schuldner darf also in solchen Fällen statt der allein den Inhalt und Gegenstand des Anspruchs bildenden Leistung die andere, von diesem nicht berührte, bewirken, dadurch seine Schuld zum Erlöschen bringen und sich somit befreien. Die Ersetzungsbefugnis gewährt also dem Schuldner das Recht, sich nicht nur durch Bewirkung der geschuldeten Leistung zu befreien, sondern die Befriedigung des Gläubigers auch durch Bewirkung einer anderen, von dessen Anspruch nicht berührten Leistung an Stelle der geschuldeten herbeizuführen. Sie gehört also immer zu einem Anspruch, sie setzt ihn voraus [31]). Denn auch bei der Ersetzungsbefugnis soll ja immer die Befriedigung des von einem Anspruch bezweckten Interesses erfolgen [32]). Diese Befriedigung soll nur auch durch eine andere als die vom Anspruch bezeichnete Leistung bewirkt werden dürfen, beide Leistungen konkurrieren also miteinander, beide sind auf die Befriedigung desselben Interesses gerichtet, und jede für sich allein führt diesen Erfolg herbei. Nach § 362 BGB. liegt nun Erfüllung nur vor, wenn die geschuldete Leistung bewirkt wird. Wird also auf Grund der Ersetzungsbefugnis die nichtgeschuldete Leistung bewirkt, so liegt nicht Erfüllung, sondern Leistung an Erfüllungsstatt vor. Die Ersetzungsbefugnis stellt sich also als Befugnis zur Leistung an Erfüllungsstatt dar [33]). Wenn nun

---

31) Bosse, S. 12; Blümich, S. 15.

32) Gernsheim, S. 11.

33) Planck-Siber, Vorbem. II vor § 262; Gernsheim, S. 14—17; Enneccerus, § 244 I, Anm. 1; Bosse, S. 10; Siber, S. 133; a. Meinung Pescatore (1905), S. 282 f.; s. dagegen Gernsheim, S. 17, Anm. 21.

auch die Ersetzungsbefugnis stets zu einem Anspruch gehört, so liegt doch mit ihr keine Erweiterung der Schuldverbindlichkeit vor. Die Ersatzleistung kann niemals Inhalt und Gegenstand der Verbindlichkeit sein, sonst würde eine Umwandlung der bestehenden Schuld in eine Wahlschuld vorliegen, bei der mehrere Leistungen geschuldet werden[34]). Auf diesen Unterschied weist ja schon der vielgebrauchte Satz hin, daß bei der Wahlschuld duae res in obligatione, una in solutione, bei der Ersetzungsbefugnis una res in obligatione, duae res in solutione seien[35]). Die Ersetzungsbefugnis wird also nicht Bestandteil der Obligation, sondern ist nur ein besonderes Recht, das zu ihr hinzutreten kann, ohne daß ihr Bestand und Inhalt dadurch berührt wird[36]). Aus dem Gesagten ergibt sich als erste Folgerung, daß die Klage des Gläubigers immer nur auf die allein geschuldete Leistung gehen kann, daß also die Ersetzungsbefugnis des Schuldners lediglich dessen Interessen dient, indem sie ihm die Tilgung seiner Verbindlichkeit erleichtert, da er je nach den Umständen den einen oder den anderen Gegenstand leisten darf[37]).

Es ergibt sich aber ferner, da sie nur bei Verbindlichkeiten vorkommen kann, als im Wesen der Ersetzungsbefugnis liegend, daß sie den Schuldner nur berechtigt, die geschuldete Leistung durch eine andere Leistung zu ersetzen. Die Befreiungsleistung muß eine wirkliche Leistung sein. Wenn also der Schuldner, statt an Stelle der geschuldeten Leistung eine andere Leistung zu bewirken, eine Befugnis ausübt, z. B. statt zu leisten Rücktritt erklärt, so ersetzt er nicht eine

34) Planck-Siber, Vorbem. II, 2a vor § 262.

35) Besser ist es, mit Pescatore (1905), S. 281 das Wesen der Ersetzungsbefugnis dahin zu kennzeichnen: altera res in obligatione, altera in solutione. S. a. Pescatore a. a. O., Anm. 3 und S. 49, Anm. 5.

36) Aelteste Beispiele: noxae deditio und laesio enormis, s. dazu Pescatore (1905), S. 265; Pescatore (alternative Obligation), S. 265, Anm. 3; Windscheid-Kipp, § 396, Anm. 3a; Blümich, S. 9—11; Wagner, S. 45.

37) Pescatore (alt. Obl.), S. 266; Müller, S. 34; Wagner, S. 58; Schenke, S. 50.

Leistung durch eine andere Leistung, sondern durch ein anderes Recht, das Recht zurückzutreten. Und ebenso ist es, wenn der Schuldner, statt zu leisten, Aufrechnung erklärt. Wir haben das Aufrechnungsrecht als Zwangsverwertungsrecht gekennzeichnet, durch dessen Ausübung durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung unmittelbar rechtliche Wirkungen hervorgebracht werden, das sich also als Gestaltungsrecht darstellt. Und wir haben weiter gesehen, daß die Berufung auf die vollzogene Aufrechnung Geltendmachen des Einwandes ist, daß durch die Aufrechnung die Schuld in dem Augenblick ihres Aufrechenbarwerdens erloschen sei. Die Ausübung eines solchen Gestaltungsrechts aber ist keine Leistung im Rechtssinne, sie ist daher auch nicht geeignet, bei der Ersetzungsbefugnis als Ersatz*leistung* an Erfüllungsstatt zu dienen[38]).

Legt man nun aber auch im Gegensatz zu der hier vertretenen Auffassung bei der Aufrechnung das Hauptgewicht auf die Gläubigerseite, da ja als Folge der Aufrechnung nicht nur die Schuld des Aufrechnenden erlischt, sondern auch seine Gegenforderung, und bezeichnet man daher Aufrechnung als *Leistung* der Befreiung von der Gegenforderung anstatt der Erfüllung, so hätte man in ihr dann zwar eine Ersetzung der geschuldeten Leistung durch eine andere Leistung an Erfüllungsstatt. Dennoch wäre aber das Aufrechnungsrecht nicht eine Ersetzungsbefugnis: das Aufrechnungsrecht hat ja nicht nur der Schuldner, sondern auch der Gläubiger wegen der Gegenforderung des Schuldners. Die „Ersatzleistung": Befreiung von der Gegenforderung wird aber auch bewirkt, wenn der *Gläubiger* es will. Denn dieser erlangt mit dem Aufrechnungsrecht, da er zugleich Schuldner der Gegenforderung ist, die Möglichkeit, den Gegner ohne und selbst gegen dessen Willen statt durch Leistung des seinerseits geschuldeten Gegenstandes dadurch zu befriedigen, daß er die ihm gegen jenen zustehende Forderung aufgibt.

---

38) *Gernsheim*, S. 12, 17 f.; *Blümich*, S. 17; *Bosse*, S. 13, 93 f.; *Langheineken*, S. 208; s. a. *Planck-Siber*, Vorbem. A 3a vor § 262; RG. 120, 282 (ohne Begründung).

Das Recht des Schuldners, die Ersatzleistung zu bewirken, stellt sich daher nicht mehr als reines Schuldnerrecht dar, sie zu bewirken, ohne daß der Gläubiger ein Recht darauf hat, sondern als ein Recht, das auch der Gläubiger durch eine vom Willen des Schuldners ganz unabhängige Willenserklärung verwirklichen kann. Das aber widerspricht dem obersten Grundsatz der Ersetzungsbefugnis, daß sie nur im Interesse des Schuldners diesem die Tilgung seiner Verbindlichkeit erleichtern soll, ohne daß der Gläubiger ein Recht darauf hat[39]). Es mag zugegeben werden, daß das Aufrechnungsrecht eine der Ersetzungsbefugnis ähnliche Befugnis darstellt, insofern der Schuldner sich durch eine Handlung befreien kann, zu deren Vornahme er nicht verpflichtet ist; die Verschiedenheit aber, daß diese Handlung nicht Leistung ist, und wenn sie dennoch als solche angesehen wird, nicht vom freien Willen des Schuldners abhängig ist, läßt eine Gleichstellung des Aufrechnungsrechts mit der Ersetzungsbefugnis nicht zu.

Wenn also auch nach der hier vertretenen Auffassung die Aufrechung nicht eine facultas alternativa darstellt, und wenn auch die Gegenmeinung nirgends begründet wird, so erscheint es doch angesichts der besonders gewichtigen Stellung ihrer Vertreter angebracht, zu prüfen, ob die aus ihrer Ansicht gezogene Folgerung berechtigt ist. Es ist also zu prüfen, ob Zahlung in Unkenntnis einer Ersetzungsbefugnis sich als Zahlung einer Nichtschuld darstellt, weil die Ersetzungsbefugnis den Inhalt der Obligation zu einem anderen macht, als der Schuldner bei der Zahlung annahm und dem Schuldner eine Einrede gewährt, die ihn zur Rückforderung nach § 813 BGB. berechtigt. Das Reichsgericht hat also auch insofern damit Recht, daß es seine Untersuchung zunächst auf die Möglichkeit abstellt, eine Kondiktion des Gezahlten zu begründen, um dadurch die Aufrechnungslage wieder herzustellen und nunmehr Aufrechnung zu ermöglichen. Stellt man mit der Revision die

---

39) Gernsheim, S. 18; Bosse, S. 94.

Aufrechnung der facultas alternativa gleich, so ist tatsächlich dieser Weg der richtige [40]).

Nach dem, was bereits über das Wesen der Ersetzungsbefugnis gesagt wurde, kann die Entscheidung nicht zweifelhaft sein. Die Ersetzungsbefugnis gehört nicht zum Inhalt des Schuldverhältnisses. Sie soll nur den Schuldner berechtigen, die allein geschuldete Leistung durch eine andere Leistung zu ersetzen. Hat er dies nicht getan, so hat er seine Schuld erfüllt, die Inhalt der Verbindlichkeit war. Mit der Erfüllung aber erlischt die Verbindlichkeit. Es ist also keine Leistung mehr geschuldet, die durch Leistung an Erfüllungsstatt ersetzt werden könnte, und gar kein Anspruch mehr vorhanden, mit dem im Zusammenhang allein eine Ersetzungsbefugnis bestehen könnte, die ja doch seiner Erfüllung dienen soll. Wenn auch die Leistung in Unkenntnis der Ersetzungsbefugnis bewirkt wurde, so ist doch immer das allein Geschuldete entsprechend dem alleinigen Inhalt der Verbindlichkeit geleistet worden, der Zweck der obligatorischen Bindung ist erfüllt, der Gläubiger befriedigt, der Schuldner befreit. Das abstrakte Gebot, zu leisten, ist umgesetzt worden in konkretes, diesem Gebot entsprechendes Verhalten des Schuldners [41]). Hat aber der Schuldner das Geschuldete (debitum) geleistet, so ist der Gläubiger nicht ohne rechtlichen Grund bereichert. Das Forderungsrecht hatte keinen anderen Inhalt als der Schuldner annahm. Er glaubte, allein die geschuldete Leistung bewirken zu müssen, und lediglich diese Verpflichtung hatte er auch tatsächlich [42]). Die Ersetzungsbefugnis gehörte nicht zum Inhalt seiner Verpflichtung, die Befreiungsleistung stand völlig außerhalb des Rahmens des Schuldverhältnisses. Sein Irrtum bei der Zahlung, als er erklärte, das leisten zu wollen, was Inhalt der Obligation sei, bezog sich nicht auf deren Bestand und nicht auf ihren Inhalt, sondern auf eine außerhalb der Obligation lie-

---

40) S. o. S. 5 und Anmerkung 10 dort.

41) Staudinger-Kuhlenbeck II, 1, Vorbem. II 5b v. § 262.

42) una (altera s. oben, S. 30, Anm. 35) res in obligatione.

gende Befugnis. Dieser Irrtum aber ist belanglos und würde ihn daher auch nicht berechtigen, seine Erklärung anzufechten und damit die Grundlage für eine Rückforderung zu schaffen [43]).

Bei einer Wahlschuld wäre es allerdings anders: dort sind duae res in obligatione, der Inhalt der Schuldverbindlichkeit ist daher tatsächlich anders beschaffen, als der Schuldner, der in Unkenntnis des Wahlrechts die eine erfüllt, dabei glaubte [44]).

Die Ersetzungsbefugnis schließt also keine anspruchändernde Einrede in sich [45]). Sie müßte als solche den Schuldner berechtigen, die Erfüllung der vom Gläubiger verlangten Leistung zu verweigern. Das ist jedoch nicht der Fall. Er muß die geschuldete Leistung bewirken, darf sie nur durch eine andere Leistung an Erfüllungsstatt ersetzen. Hätte er eine Einrede im Sinn des § 813 zur Seite, so könnte er dagegen Erfüllung verweigern, ohne überhaupt etwas leisten zu müssen. Nicht die bloße Berufung auf die ihm zustehende Ersetzungsbefugnis aber berechtigt den Schuldner, die Bewirkung der geschuldeten Leistung zu verweigern. Erst wenn er auf Grund seines Rechtes die andere Leistung gemacht hat, kann er einwenden, der Gläubiger sei befriedigt. Die Geltendmachung des Anspruchs ist also nicht durch die Berufung auf das dem Schuldner zustehende Recht, sondern durch eine anderweitige Leistung ausgeschlossen. Der Anspruch des Gläubigers ist also in seiner Durchführung keineswegs gehemmt: seine Klage wird nicht, wie es Folge einer peremptorischen Einrede wäre, abgewiesen. Die Geltendmachung der Ersetzungsbefugnis durch den Schuldner mag dazu führen, daß ihm im Urteil dieses Recht vorbe-

---

43) Hierzu s. unten S. 35 ff. ausführlicher.

44) Hier gibt die herrschende Meinung dem Schuldner das Rückforderungsrecht gemäß § 812; s. Pescatore (1905), S. 186, Anm. 1; S. 190, Anm. 4; dagegen Pescatore selbst S. 183 ff. und Siber, S. 133.

45) A. M. Kipp-Windscheid II, S. 31 b; Planck-Siber, § 389, Anm. 3 und Vorbem. II 2 b vor § 262; Titze, Unmöglichkeit, S. 196, Anm. 1; v. Mayr, S. 478.

behalten wird [46]). Aber er wird verurteilt zur Erfüllung gemäß dem Inhalt seiner Verbindlichkeit. Daß gleichwohl der Anspruch des Schuldners so entkräftet wäre, daß er einer Nichtschuld gleichstände, wird man hiernach wohl nicht behaupten können.

Auf eine Folgerung muß noch hingewiesen werden, die man daraus ziehen müßte, daß die Ersetzungsbefugnis zu einer Einrede gemäß § 813 berechtige: der Gläubiger kann auf die Ersatzleistung nicht klagen, denn sie ist nicht „in obligatione"; das wird auch von den Gegnern nicht bestritten. Würde er aber auf die geschuldete Leistung klagen, so würde ihm die peremtorische Einrede entgegengesetzt, die ebenfalls zur Klageabweisung führen müßte. Damit aber wäre der Anspruch des Schuldners undurchführbar und wertlos. Die Gegner werden kaum sagen wollen, daß der Gläubiger jede Forderung, der eine Ersetzungsbefugnis gegenübersteht, deshalb von vornherein auf Verlustkonto schreiben müsse!

Auch bei der Annahme, daß das Aufrechnungsrecht einer Ersetzungsbefugnis gleich sei, ist also ein Rückforderungsrecht wegen ungerechtfertigter Bereicherung des Gläubigers nicht begründet.

§ 5.

Es wurde bisher festgestellt, daß es nicht möglich ist, nach Fortfall der Aufrechnungslage infolge Erlöschens einer Forderung durch Erfüllung durch nachträgliche Aufrechnungserklärung die erfüllte Schuld rückwirkend zu einer Nichtschuld zu machen und das Gezahlte zu kondizieren. Und daß es ferner nicht möglich ist, nur auf Grund der Aufrechnungslage, die einmal bestand, ohne daß die Aufrechnungserklärung abgegeben wurde, die erfüllte Forderung als einredebehaftet anzusehen und deswegen gemäß § 813 das Gezahlte zurückzufordern. Als einziges Mittel, die Zerstörung der Aufrechnungslage ungeschehen zu machen und die durch Zahlung erloschene Forderung wieder aufleben zu lassen, bleibt

46) Planck, Vorbem. II, 1 vor § 262.

die Anfechtung der Zahlung. Die Zahlung ist rechtsgeschäftliche Verfügung und kann als solche anfechtbar sein[1]). Ein angefochtenes Rechtsgeschäft ist als von Anfang an nichtig anzusehen (§ 142 BGB.), die mit Erfolg angefochtene Zahlung gälte also als nicht erfolgt, die Forderung und daher auch die Aufrechnungslage als noch bestehend, es könnte nunmehr Aufrechnung erklärt werden mit der Wirkung, daß die Forderung als bereits im Augenblick des Gegenübertretens erloschen gälte, und das Gezahlte könnte zurückgefordert werden.

Um nach § 119 BGB. anfechten zu können, muß der Zahlende bei Abgabe der anzufechtenden Willenserklärung sich über deren Inhalt geirrt haben oder eine solche Erklärung gar nicht haben abgeben wollen; und es muß, vom subjektiven Standpunkt des Irrenden aus beurteilt, anzunehmen sein, daß er bei Kenntnis der Sachlage und verständiger Würdigung des Falles diese Erklärung nicht abgegeben hätte.

Wille und Erklärung des Zahlenden gingen dahin, seine Schuld durch Zahlung zu tilgen. Aufrechnung konnte er gar nicht wollen, weil er sein Aufrechnungsrecht nicht kannte; deshalb wollte er leisten, erklärte er zu leisten und leistete er, was er schuldete und so wie er es schuldete. Er wollte also „eine solche Erklärung" abgeben. Daß er eine Befreiungsmöglichkeit in dem Aufrechnungsrecht zur Seite hatte, stellte keine Beschränkung seiner Schuld dar. Eine Folge der Erfüllung war nun, daß der Zahlende sein Aufrechnungsrecht verlor. Und zwar ist diese Folge eine Rechtsfolge, denn durch Erfüllung erlischt die Forderung des Gläubigers und damit die Aufrechnungslage, die Voraussetzung wirksamer Aufrechnung ist. Ueber diese Folge hat er geirrt. Denn nicht nur beim Ausbleiben erwarteter bestimmter Rechtsfolgen und beim Eintritt nicht erwarteter Rechtsfolgen irrt der Erklärende, sondern auch, wenn er überhaupt keine Vorstellungen von Rechtsfolgen gehabt hat[2]). Titze meint zwar[3]), man

1) Endemann, S. 796.
2) Henle, Irrtum über die Rechtsfolgen, S. 11.
3) Lehre vom Mißverständnis, S. 445.

könne in solchem Falle von Irrtum nicht reden: der Erklärende, der an einen Punkt gar nicht gedacht habe und sich deshalb gar keine Vorstellung über die Wirkung seiner Erklärung hinsichtlich dieses Punktes gemacht habe, könne wohl, wenn die Rechtswirkungen seiner Erklärung zutage träten, mit diesen Folgen seiner Erklärung unzufrieden sein [4]); das sei aber kein Irrtum, denn er habe keinen Geschäfts- oder Erfolgswillen hinsichtlich dieses Punktes gehabt. Irrtum sei aber Differenz zwischen Wille und Rechtswirkung; liege gar kein Wille vor, so sei eine solche Differenz nicht möglich. Diese Einschränkung des Irrtumsbegriffes ist jedoch nicht richtig. Denn Mangel der Kongruenz von Erklärungsinhalt und Geschäftswillen liegt nicht nur dann vor, wenn an Stelle des kongruenten Willens ein anderer steht, sondern auch, wenn überhaupt kein Wille vorhanden ist. „Zwei Dinge, von denen das eine fehlt, sind sich nicht kongruent." [5]) Nicht auf das Divergieren eines vorhandenen Willens, sondern auf das Nichtvorhandensein des kongruierenden Willens kommt es an [6]).

Ein Fall des Irrtums über eine Rechtsfolge liegt also vor. Nimmt man nun mit Titze an, die Rechtsfolgen bildeten den Inhalt der Erklärung [7]), so wäre jeder Irrtum über die Rechtsfolgen ein Irrtum über den Inhalt der Erklärung und würde zur Anfechtung berechtigen. Eine Folge dieser Anschauung wäre, daß für die volle Wirksamkeit einer Erklärung Vorstellung sämtlicher Rechtsfolgen Voraussetzung wäre. Wenn nun aber eine Erklärung z. B. aus den Gründen des § 138 BGB. keine Rechtsfolgen hat, so müßte sie, wenn die Rechtsfolgen den Inhalt der Erklärung bildeten, gar keinen Inhalt haben. Das trifft aber nicht zu, denn die Erklärung ist ja doch gerade wegen ihres unsittlichen oder

---

4) Meyer, S. 37: „Ueberrascht vor den konkreten Rechtsfolgen seiner Handlung stehen".

5) Henle, Irrtum, S. 11.

6) a. a. O., S. 13.

7) Lehre vom Mißverständnis, S. 450 f.; Manigk, Irrtum und Auslegung, S. 96 ff., 105; ebenso Meyer, S. 35 f.

wucherischen Inhalts nichtig[8]). Die Erklärung hat einen Inhalt, aber keine Rechtsfolgen[9]); diese sind also nicht dem Inhalt der Erklärung gleichzustellen[10]). Dann ist aber auch nicht der Irrtum über die Rechtsfolgen dem Irrtum über den Inhalt der Erklärung gleichzustellen. Der Inhalt oder Sinn einer Erklärung ist vielmehr „der Gedanke, den die Erklärung in sich trägt". Dabei kann man Sinn und Inhalt noch weiter dahin unterscheiden, daß man unter Sinn die Bedeutung der Erklärung im Ganzen, den von ihr getragenen Gedanken als geschlossene Einheit versteht, während Inhalt ihre Bedeutung im einzelnen, ihr Gedanke in seinen einzelnen Bestandteilen ist[11]). Der Sinn ist das „daß", der Inhalt das „was" des Rechtsgeschäfts[12]). Der Gedanke, den die Erklärung in sich trägt, d. h. also ihr Inhalt, besagt, daß die Rechtsfolgen eintreten sollen; das ist aber nicht das gleiche wie das Eintreten selbst. Der Rechtsfolgenirrtum als solcher würde also nicht zur Anfechtung berechtigen, da er als solcher nicht Inhaltsirrtum ist, sondern nur dann, wenn er mehr ist als bloßer Irrtum über die Rechtsfolgen, wenn er zugleich Irrtum über den Inhalt der Erklärung ist[13]). Welchen Inhalt aber die Erklärung hat, das ist durch Auslegung zu ermitteln[14]). Die Erklärung betrifft ihrer tatsächlichen Seite nach die Personen, zwischen denen sie Rechtsbeziehungen schaffen will, und die Sachen, an denen sie sie begründen will[15]). Dem stehen als rechtliche Seite des Er-

---

8) Henle, Irrtum, S. 20.

9) Henle, Vorstellungs- und Willenstheorie, S. 523, Anmerkung 212.

10) S. a. RG. 88, 284.

11) Henle, Irrtum, S. 22; ders. Vorstellungs- und Willenstheorie, S. 497; ders. Lehrbuch I, S. 39.

12) Henle, Lehrbuch I, S. 42.

13) Henle, Lehrbuch I, S. 214.

14) Henle, Irrtum, S. 23; ders., Lehrbuch I, S. 42; ders., Vorstellungs- und Willenstheorie, S. 388; Manigk, Irrtum und Auslegung, S. 91, 99, 189 ff.; Brodmann, Ehrenbergs Handbuch d. ges. Handelsr., S. 55; Meyer, S. 37; RG., JW. 1910, 941; RG., JW. 1928, 3065 f.

15) Henle, Irrtum, S. 28; ders., Lehrbuch I, S. 42.

klärungsinhalts die Rechtsbeziehungen gegenüber, die die Erklärung hinsichtlich dieser Personen und Sachen eintreten lassen will. Bei der Betrachtung des Rechtsfolgenirrtums hat die tatsächliche Seite auszuscheiden, nur der „error in negotio", über den sich auf die rechtliche Regelung beziehenden Inhalt ist Rechtsfolgenirrtum. Und auch nur insoweit steht dieser Irrtum zur Erörterung, als er sich auf die gesetzlichen Rechtsfolgen als die im objektiven Recht vorgesehenen Folgen erstreckt. Nur die Rechtsfolgen kommen in Betracht, die erst ersichtlich werden, wenn man zu dem, was die Erklärung besagt, das Gesetz hinzunimmt. Solche Folgen sind z. B. Gefahrtragung und Mängelgewähr [16]). Soweit nun derartige Folgen zum Inhalt der Erklärung gehören, berechtigt der Irrtum über sie zur Anfechtung. Nicht zu diesen Rechtsfolgen (Rechtsfolgen 1. Ordnung) gehören jedoch diejenigen, die sich an die nach dem Willen der Parteien eingetretenen Rechtsfolgen anknüpfen [17]) (Hilfsrechtsfolgen) als „unlösliche, integrierende Bestandteile einer Rechtsfolge erster Ordnung" [18]). So insbesondere eben Gefahrtragung und Mangelgewähr. Sie sind nicht unmittelbar vom Erklärungsinhalt umfaßt, sondern „rein von außen, von Gesetzes wegen, an die Erklärung angehängte, die von ihr getroffene Regelung ergänzende, nichtwesentliche Rechtsfolgen" [19]). Ein Irrtum über diese Rechtsfolgen ist kein Irrtum über den Inhalt der Erklärung, er berechtigt nicht zur Anfechtung [20]). Unrichtige Vorstellungen des Erklärenden hierüber können zwar auch weittragende Folgen haben. Aber sie bedingen keinen Mangel der Erklärung, keinen Willensmangel, wie der

16) Henle, Irrtum, S. 29/30.

17) a. a. O., S. 31.; s. a. Manasse, S. 56 ff.; Zitelmann, Iherings-Jahrb. 16, S. 396 f.: „Ob ich Feuer anzünde oder nicht, das steht in meiner Macht; aber daß das einmal entzündete Feuer auch Licht und Wärme entwickelt, das ist meiner Macht entzogen". Siehe auch S. 426 daselbst. Siehe auch Brodmann, Ehrenbergs Handb., S. 53.

18) Henle, Vorstellungs- und Willenstheorie, S. 295 ff.

19) Henle, Irrtum, S. 59, 63.

20) Brodmann, Ehrenbergs Handb., S. 55; s. a. RG. 88, 284; v. Tuhr, S. 573 ff.

Ausdruck hier zu verstehen ist, sie sind also nicht nach den Vorschriften über Willensmängel zu behandeln. Soweit aber eine positiv falsche Vorstellung über den eintretenden Rechtserfolg die Gültigkeit der Erklärung nicht berührt, kann sie erst recht nicht der bloße Mangel einer Vorstellung darüber beeinträchtigen[21]). Als Ergebnis kommen wir also zu dem Satz, daß beachtlicher Rechtsfolgenirrtum als Irrtum über den Inhalt dann vorliegt, wenn als Folge von Verkennung oder Unkenntnis ihrer rechtlichen Bedeutung eine Willenserklärung abgegeben ist, die nicht die mit ihrer Vornahme erstrebte, sondern eine wesentlich andere Rechtswirkung hervorbringt; nicht aber dann, wenn eine ohne Rechtsirrtum abgegebene Willenserklärung außer der erstrebten Rechtswirkung noch andere, nicht erkannte und nicht gewollte, unwesentliche[22]) Rechtsfolgen im Gefolge hat[23]).

Die Entscheidung unseres Falles kann hiernach nicht fraglich sein: der Zahlende erklärte, durch Zahlung seine Schuld erfüllen und zum Erlöschen bringen zu wollen. Ein Irrtum liegt insofern nicht vor. Der erstrebte Erfolg ist diesem Willen und dieser Erklärung gemäß eingetreten. Hinter dieser Erklärung und diesem gewollten Erfolg liegend, an ihn anknüpfend, rein von Gesetzes wegen ist die weitere, nicht erkannte und nicht gewollte Rechtsfolge eingetreten, daß infolge Erlöschens der Forderung (gewollter Erfolg, wesentliche Rechtsfolge!) die Aufrechnungslage fortgefallen ist (nichtgewollter Erfolg, unwesentliche, rein gesetzliche Rechtsfolge). Diese weitere Rechtsfolge gehört also nicht zu dem von der Erklärung umfaßten Inhalt, ein Irrtum über sie ist daher bloßer Rechtsfolgenirrtum und berechtigt daher als solcher[24]) nicht zur Anfechtung.

Um eine Anfechtung wegen Irrtums zu ermöglichen, hat man nun angenommen, daß in der Zahlung ein Verzicht auf das Aufrechnungsrecht stillschweigend miterklärt werde:

---

21) Oertmann, Allgem. Teil, S. 376.

22) S. o. S. 39.

23) Warneyer, Kommentar I, S. 178; Enneccerus, § 157, Anm. 5; Planck, § 119, Anm. V 4b; RG. 88, 284; 89, 33.

24) S. o. S. 38.

„indem der Aufrechnungsberechtigte eine Handlung vornimmt, welche seinem Rechte den Boden entzieht, verzichtet er auf dieses Recht, und der Gegner nimmt seinerseits durch Annahme der Zahlung diesen Verzicht an“ [25]). Geschehe die Zahlung in Unkenntnis der Aufrechnungsbefugnis, so liege zwar nicht auf der Willensseite, sondern der äußern Erscheinung nach ein Verzicht auf das Aufrechnungsrecht vor; daraus würde allerdings folgen, daß dieser Verzicht wegen Irrtums angefochten werden könnte, wenn anzunehmen wäre, daß er bei Kenntnis der Sachlage und verständiger Würdigung des Falles nicht erklärt worden wäre. Die Erklärung wäre nun sicherlich nicht abgegeben worden, wenn der Aufrechnungsberechtigte durch den Verzicht einen Schaden erleidet, also z. B. wenn der Gegner in Konkurs geraten ist [26]). Nach der Anfechtung wäre der Verzicht nach § 142 als von Anfang an nichtig anzusehen. Wenn er nun von der ihn enthaltenden Zahlung nicht zu trennen wäre [27]), so wäre nach § 139 auch die Zahlung selbst nichtig. Daraus würde folgen, daß die bezahlte Schuld infolge der Nichtigkeit der Zahlung nicht erloschen ist. Daher würde das scheinbar erloschene Aufrechnungsrecht weiter bestehen, es könnte ausgeübt werden, die erfüllte Forderung gälte rückwirkend als im Augenblick der Zahlung bereits erloschen, also als Nichtschuld, und das Gezahlte könnte nach § 812 zurückgefordert werden.

Es ist hier zunächst zu prüfen, ob ein Verzicht auf das Aufrechnungsrecht überhaupt möglich ist. Das BGB. enthält keine Bestimmungen über den Verzicht, § 397 spricht lediglich vom Erlaß einer Forderung durch Vertrag. Im allgemeinen steht einem einseitigen Verzicht als der Aufgabe eines Rechts [28]), der Aufgabe von Vorteilen, die dem Berechtigten von der Rechtsordnung gewährleistet sind [29]), nichts

---

25) Weigelin, S. 172; Meyer, S. 34 ff; 45 ff.

26) Hierzu s. Kohler, Zeitschr. f. ZivPr. XX, S. 18 und unten, S. 61 ff.

27) Dagegen Simon, S. 64.

28) Windscheid-Kipp I, § 64, S. 318; Caspers, S. 40.

29) Walsmann, Verzicht, S. 41 f., Anm. 1, S. 42.

im Wege. Seine Wirkung ist die Vernichtung dieses Vorteils [30]). Einseitige Verzichtserklärung kann aber nicht ausreichen, wenn die durch den Verzicht hervorgerufene Rechtsänderung widerstreitende Parteiinteressen berührt. Sollte auch hier einseitige Erklärung genügen, so hätte das Gesetz das ausdrücklich aussprechen müssen, wie es z. B. beim Verzicht auf dingliche Rechte geschehen ist. Die Aufstellung des Vertragserfordernisses für Schulderlaß und Schenkung zeigt deutlich den Standpunkt des Gesetzes, daß in Fällen, wo auf beiden Seiten gegensätzliche Interessen berührt werden, für die Rechtsänderung Vertrag erforderlich ist [31]). Das Band, das die Obligation um Gläubiger und Schuldner schlingt, ist zwar „elastisch genug, um die Uebertragung einer Forderung oder Schuld zu ermöglichen, es widerspricht aber dem Begriff des Schuldverhältnisses, daß es dann schon untergehen soll, wenn es nur der Gläubiger will" [32]). Es genügt also in solchen Fällen nicht das bloße Zugehen der Verzichtserklärung, sondern deren Annahme ist erforderlich. Diese liegt aber im allgemeinen im Interesse des Verpflichteten, wird daher im Zweifel als von ihm gewollt anzunehmen sein und unterstellt werden dürfen [33]).

Wir haben nun das Aufrechnungsrecht als Gestaltungsrecht bezeichnet. Sähe man in ihm ein Zustandsrecht, so würde man bei Fortbestand der Aufrechnungslage einen Verzicht für nicht zulässig halten müssen [34]). Als Gestaltungsrecht aber ist es verzichtbar, ebenso wie z. B. das Anfechtungsrecht, das Einlösungsrecht aus § 268 BGB. u. a. In den Quellen des römischen Rechts sind zwar über einen Verzicht auf das Aufrechnungsrecht keine Angaben zu finden, und auch das bürgerliche Recht enthält keine Vorschriften darüber; die

---

30) Walsmann, S. 44.

31) RGKomm., § 397, Anm. 1; Goldmann-Lilienthal, § 126; Fischer-Henle, § 397, Anm. 3; RG. 110, 418; RG., JW. 28, 3041 f.; RG., JW. 12, 858; RG. 72, 170 f.; Planck II, 1, S. 318.

32) Cohn, S. 229.

33) Du Chesne, S. 299 f.; s. a. unten, S. 47 f.

34) Walsmann, S. 111.

Möglichkeit eines Verzichts auf das Aufrechnungsrecht wird jedoch allgemein anerkannt[35]). Der Einwand Gersons[36]) ist unhaltbar: wenn ein Darlehnsgeber, der dem Darlehnsempfänger einen Betrag selbst verschulde, seine Darlehnsforderung einklage, ohne seine Schuld in Abzug zu bringen, so handele er dolos. Berufe er sich nun darauf, daß der Schuldner selbst ihm gestattet habe, so zu verfahren, so berufe er sich auf ein pactum de dolo non praestando, der Beklagte bleibe daher in der Lage, seine Gegenforderung geltend zu machen. Der Kläger müsse, wenn diese sich als begründet erweise, zum mindesten in seinem Schlußvortrag die Gegenforderung in Abzug bringen. Der Verzicht gehe über die Grenzen der Vertragsfreiheit hinaus; habe sich ein Vertragspartner nach dieser Richtung für den Prozeß die Hände gebunden, so habe der Richter ihn auf Wunsch von dieser Fessel wieder zu befreien. Möglich sei ein Verzicht erst im Prozeß dadurch, daß man das Aufrechnungsrecht nicht geltend mache[37]).

Dieser Einwand Gersons beruht auf der Verkennung des Umstandes, daß durch die Aufrechenbarkeit die Forderung in ihrem Bestand nicht berührt und in ihrer Durchsetzung nicht durch eine Einrede gehemmt ist[38]). Der Schuldner bleibt verpflichtet, die Forderung zu erfüllen, wenn ihm auch das Aufrechnungsrecht einen Erfüllungsersatz in die Hand gibt; dieses stellt aber keine Pflicht dar. Nirgends läßt sich für die Regel eine Pflicht des aufrechnungsberechtigten Gläubiger-Schuldners herleiten, bei der Einklagung seiner Forderung seine Schuld in Abzug zu bringen. Die Folgerungen Gersons daraus sind also nicht aufrecht zu erhalten[39]).

---

35) Caspers, S. 41 und Lang, S. 73 leugnen lediglich die dingliche Wirkung des Verzichts auf das Aufrechnungsrecht. Dagegen s. Walsmann, S. 215.

36) DJZ. 1911, 271.

37) S. a. Revue der Gerichtspraxis im Gebiete des Bundeszivilrechts (Beil. z. Ztschr. f. schweiz. R.), Bd. 2, S. 101, Nr. 71.

38) S. oben S. 26 ff.

39) Ueber einzelne Fälle, in denen die Berufung auf den

Die Zulässigkeit des Aufrechnungsverzichts dürfte also mit der herrschenden Lehre anzuerkennen sein. Selbst die französische Jurisprudenz läßt ihn zu, obwohl er für das französische Recht folgerichtig ausgeschlossen sein müßte. Denn wenn es dort heißt: „la compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs“ [40]), so müßte ein Aufrechnungsverzicht jedenfalls für bereits in die Aufrechnungslage gekommene Forderungen wirkungslos sein; denn andernfalls hat der Verzicht die Wirkung, daß durch ihn bereits getilgte Forderungen wieder aufleben [41]). Das Schweizer Obligationenrecht bestimmt in Art. 126 sogar ausdrücklich die Zulässigkeit des Verzichts auf die „Verrechnung“ auch zum Voraus [42]). Ob der Verzicht auch für den Fall des Konkurses Geltung behalten soll, oder ob er nur für den Fall wechselseitiger Zahlungsfähigkeit beabsichtigt und im Vertrauen darauf erklärt wird, daß sich der Gegner der Effektivleistung nicht seinerseits entziehen werde, ist umstritten; das letztere dürfte richtig sein [43]).

Ist der Verzicht nur zugunsten eines Teiles abgeschlossen, so kann sich nur dieser darauf berufen; die Aufrechnung ist nunmehr für den Verzichtenden nicht nur dem Dürfen, sondern dem Können nach ausgeschlossen. Er kann aber auch gegenseitig sein und so die beiden Gegenforderungen völlig unaufrechenbar machen [44]). Der Verzicht ist Rechtsgeschäft [45]), also „ein Tatbestand, dessen wesentliche Bestandteile Willens-

---

an sich gültigen Verzicht sittenwidrig sein kann, s. Hollaender, Recht 1913, 131; s. a. Reichel, Iherings Jahrb. 59, S. 445.

40) Art. 1290 c. c.

41) Dernburg, S. 506, Anm. 3: ein „Curiosum“; Fiegen, S. 15.

42) S. a. ALR. I 16, § 372.

43) Dernburg, S. 507; Ohser, Schweiz. Oblig. R., Art. 126, Anm. 2a; a. A. Fiegen, S. 29; Staudinger-Kuhlenbeck, § 389, Anm. 1.

44) Dernburg, S. 507; Reichel, Arch. f. d. ziv. Pr. 126, S. 316.

45) Walsmann, S. 149; Caspers, S. 40; Reichel, Arch. f. d. ziv. Pr. 125, S. 182; Kohler, Lehrb. d. bürgl. R. I, S. 537; s. dagegen Planck-Siber, § 397.

erklärungen sind und dessen Rechtswirkungen sich nach dem Inhalt dieser Willenserklärungen bestimmen“ [46]). Wesentlich ist also dem Verzicht die Verzichtserklärung. Diese muß auf die Aufhebung der Vorteile gerichtet sein, die Gegenstand des Verzichts sind. Sie hat also rechtsgeschäftlichen Charakter. Ein Verzicht, bei dem die Verzichtshandlung („Verzichtsaktion“) nicht in einer auf rechtserheblichem Willen des Verzichtenden beruhenden Erklärung besteht, ist dem geltenden Recht fremd [47]). Wenn nun der Inhalt der Willenserklärung des Zahlenden bei der Zahlung einen solchen Aufrechnungsverzicht, wenn auch nur stillschweigend erklärt [48]), umfaßte, so läge jedenfalls ein Irrtum über den Inhalt seiner Erklärung vor, der den Zahlenden zur Anfechtung berechtigte. Man könnte auch eine Kondizierung des Verzichts erwägen, zumal dann vom Kläger nur nachgewiesen zu werden brauchte, daß er zu dem Verzicht nicht verpflichtet war, daß er ihn nicht schuldete, während er bei der Anfechtung auch noch den Irrtum nachweisen müßte und an die dort geltenden kurzen Fristen gebunden wäre. Allein wenn man auch die Zulässigkeit einer solchen Kondiktion bejahte [49]), so wäre doch hier damit nicht geholfen. Denn durch die Kondiktion des Verzichts würde die Tatsache der Erfüllung der Forderung nicht aus der Welt geschafft — wir ständen wieder an derselben Stelle wie bisher. Es muß also versucht werden, eine Anfechtung zu ermöglichen. Voraussetzung ist jedoch, daß überhaupt ein Verzicht erklärt ist; das muß also zunächst untersucht werden.

---

46) Biermann, bürgl. Recht, S. 157.

47) Walsmann, S. 42 f.

48) Daß ein Aufrechnungsverzicht auch stillschweigend erklärt werden kann, ist wohl zweifellos. Reichel, Arch. f. d. zivil. Pr. 125, S. 182; RGKomm. § 397, Anm. 1; RG., JW. 1911, 1014; Dernburg, Kompensation, S. 507; Fr. Leonhard, S. 160; Gmür, Art. 126, Anm. 1; a. Meinung nur Gerson, DJZ. 1911, 271, weil er Aufrechnungsverzicht überhaupt ablehnt.

49) So OLG. 12, 102. Dagegen mit Recht Pietzker, JW. 1920, 486 ff.; s. a. RG., JW. 1929, 247 und die Anmerkung von Matthießen daselbst.

Damit begeben wir uns wiederum auf das weite und viel umstrittene Gebiet der Lehre von der Willenserklärung. Es ist natürlich nicht möglich, auf diese hier ausführlich einzugehen. Gerade mit dem früher fast nicht beachteten Fall des stillschweigend erklärten Verzichts jedoch hat die Rechtsprechung der letzten Jahre sich sehr häufig beschäftigen müssen, und das Ergebnis dieser neuesten, jetzt ziemlich abgeschlossenen Rechtsprechung wird in diesem Zusammenhang von Nutzen sein können.

Ein ausdrücklicher Verzicht des Zahlenden auf sein Aufrechnungsrecht ist in seiner Willenserklärung bei der Zahlung zweifellos nicht enthalten. Da er sein Aufrechnungsrecht nicht kannte, ist auch die stillschweigende Erklärung eines Verzichts jedenfalls nicht gewollt. Die Frage nun, ob der Inhalt der Willenserklärung den Erklärenden bindet, wenn die Erklärung mit seinem Willen nicht übereinstimmt, mit der sich Willens- und Erklärungstheorie beschäftigen [50]),

---

50) Nach der sogen. Erklärungstheorie ist allein der Erklärungstatbestand erheblich, nach der sogen. Willenstheorie auch der Wille: nach letzterer ist erforderlich: der Wille zur Vornahme der faktischen Handlung als solcher; das Wollen der Bedeutung, die der Empfänger der Erklärung entnehmen muß (der „Sinn"); das Wollen des in der Erklärung als gewollt bezeichneten Bindungserfolges (Henle, Vorstellungs- und Willenstheorie, S. 3—5; enger als hier: Motive I, S. 457). Der Handlungswille ist das Wollen des körperlichen Elements der Willenserklärung, das Schreiben, Sprechen usw. Das Wollen des Sinnes ist das Wollen, daß die Erklärung den ihr anhaftenden Sinn habe, also ein Erfolgswille (Henle, Vorstellungs- und Willenstheorie, S. 105, 110, 113 f., 118). Die strengere Willenstheorie verlangt eine gerade auf den Eintritt eines realen Erfolges als eine dem Recht gemäßen, von ihm gesicherten, gerichtete Absicht (Henle a. a. O., S. 292, Zitelmann, Enneccerus), die nicht so strenge Richtung begnügt sich mit einer auf einen wirtschaftlichen Erfolg gerichteten Erklärung. Auch die strengere Richtung verlangt jedoch nicht, daß die Erklärung ausdrücklich auf Rechtsfolgen lauten müsse, daß die juristische Konstruktion zur Geltung kommen müsse, und daß die rechtliche Seite des Erfolges dem Erklärenden klar zum Bewußtsein komme; und sie beschränkt die Rechtsfolgen, die zum Inhalt der Erklärung gehören müssen, auf die Rechtsfolgen 1. Ordnung (s. oben S. 39). (S. dazu Oertmann, Allgem. Teil,

kann erst beantwortet werden, wenn der Inhalt der Willenserklärung ermittelt ist[51]), also festgestellt ist, ob in der Erklärung ein Verzichtswille enthalten ist. Dazu dient die Auslegung[52]); das, was die Erklärung im gegebenen Fall kraft dieser besagt, bildet ihren Inhalt[53]). § 133 BGB. bestimmt, daß bei der Auslegung von Willenserklärungen der wirklich erklärte Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften ist; es ist also der Wille zu erforschen, der sich aus den gesamten Umständen als erklärt ergibt. Zwei Gruppen stillschweigender Willenserklärungen lassen sich unterscheiden: entweder ergibt sich ihr Inhalt aus einem zunächst nicht rechtsgeschäftlichen Verhalten (schlüssiges Schweigen), oder mittelbar aus einer rechtsgeschäftlichen Erklärung selbständig gegenüber dem unmittelbaren Inhalt oder abhängig von ihm (ergänzende Auslegung[54]). Das letztere ist hier der Fall: abhängig von dem unmittelbaren Inhalt der Willenserklärung — Erfüllung der Forderung — könnte sich mittelbar als Inhalt stillschweigender Willenserklärung ein Verzicht auf das Aufrechnungsrecht herleiten lassen.

Wir hatten gesagt[55]), daß die Annahme des Verzichts als im Interesse des Gegners liegend, im allgemeinen zu vermuten sein wird. Das wird man jedenfalls für den einseitigen Verzicht annehmen dürfen, also auch in unserem

---

Vorbem. 2 vor § 116). Herrschend ist für das BGB. die Willenstheorie, wenn auch in verschiedenen Ausgestaltungen (s. die Zusammenstellung bei Oertmann a. a. O. und über die ganze Lehre überhaupt Henle, Vorstellungs- und Willenstheorie).

51) Henle, Treu und Glauben im Rechtsverkehr, S. 6, Anm. 7.

52) RGKomm., Vorbem. II vor § 116; Manigk, Irrtum und Auslegung, S. 275; Manasse, S. 54 f.; RG., JW. 1910, 94; RG., JW. 1911, 1014; RG., JW. 1928, 3065 f.

53) Brodmann, Ehrenbergs Handbuch, S. 55.

54) Henle, Lehrbuch I, S. 126 f.; ders., Ausdrückliche und stillschweigende Willenserklärung, S. 20 f., 31; über subjektive, objektive, gemischt objektive Auffassungen s. daselbst S. 11, 16 ff.

55) S. oben S. 42 und Anm. 33 daselbst.

Fall, wenn lediglich ein Teil vor der Erfüllung bereits auf sein Aufrechnungsrecht verzichtet. Ob die Annahme des Verzichts auch noch unterstellt werden darf, wenn er erst mit der Zahlung erklärt würde, erscheint schon zweifelhaft; denn das läge nicht immer im Interesse des Gegners, dem damit wegen des Fortfalls seiner Gegenforderung ebenfalls das Aufrechnungsrecht entzogen wird und der damit vielleicht gezwungen wird, Zinsen zu zahlen, die er bei Erhaltung und Ausübung seines Aufrechnungsrechtes gespart hätte[56]). Sicherlich liegt nun aber der Verzicht nicht im Interesse des Zahlenden[57]). Das Reichsgericht hatte zunächst zwar betont, ein allgemeiner Rechtssatz, daß Verzichte nicht zu vermuten seien, bestehe nicht[58]); es hat seine Meinung aber geändert und zuletzt immer wieder darauf hingewiesen, daß Verzichte nicht zu vermuten sind[59]). Jedenfalls muß im Hinblick auf § 157 BGB., wenn ein unentgeltlicher Verzicht in Frage steht, im Zweifel der Vertrag gegen den ausgelegt werden, dem der Verzicht zugute käme[60]). Eine Vermutung für den Verzicht kannte früher das Schweizer Obligationenrecht in Art. 139, Abs. 2. Das neue Obligationenrecht hat diese Vorschrift fallen lassen[61]). Die alte Rege-

---

56) Daraus ist nun nicht etwa eine Pflicht zur Aufrechnung zu folgern (s. oben S. 43), es soll nur darauf hingewiesen werden, daß der Verzicht des aufrechnungsberechtigten Schuldners, der erst im Augenblick der Zahlung erklärt wird und daher trotz seiner Einseitigkeit das Aufrechnungsrecht des Gläubigers nicht aufrecht erhält, nicht in dessen Interesse liegen muß.

57) Du Chesne, S. 299.

58) RGKomm. § 397, Anm. 1; RG., JW. 1911, 1014.

59) RG. 110, 133; RG. 116, 316; RG. 118, 66; RG. JW. 1927, 2114 f.; RG., JW. 1928, 488; RG., LZ. 1926, 1330; Beisler, JW. 1928, 1338: „Ein alter Grundsatz der Rechtsprechung und Lebenserfahrung!"; s. a. Ohser, Art. 126, Anm. 2; Staudinger-Löwenfeld-Riezler, Einleitung II b 3 vor § 116: „für die Praxis ist für die Annahme einer Willenserklärung durch konkludente Handlung die größte Vorsicht geboten. Nicht einmal aus dem Schuldenzahlen muß immer notwendig die Folgerung gezogen werden, daß der Berufene die Erbschaft behalten will."

60) So schon RG., JW. 1911, 1014.

61) S. die Kommentare von Fick, Gmür, Ohser.

lung galt für den Fall des Versprechens der Barzahlung, jedoch auch nur dann, wenn der Versprechende sein Aufrechnungsrecht kannte. Und das wird man allerdings als mindestes Erfordernis aufstellen müssen, um einen stillschweigend erklärten Verzicht annehmen zu dürfen. Bei der Aufwertungsrechtsprechung der letzten Jahre handelte es sich ja meist darum, ob der Gläubiger, der Zahlung in Papiermark ohne Vorbehalt annahm, damit auf sein Aufwertungsrecht stillschweigend verzichtete [62]). Der Fall liegt dem unseren durchaus ähnlich, wenn es sich auch bei uns um einen Rechtsverzicht des Schuldners handelt. Das ändert die Grundfragen keineswegs. Und den Grundsatz, der dem Wesen des Verzichts geradezu begrifflich innewohnt, wird man nicht aufgeben dürfen, daß man nur auf ein Recht verzichten kann, das man kennt, oder das man mindestens derart in den Bereich seines Denkens gezogen hat [63]), daß man mit der Möglichkeit rechnet, es könne einem zustehen [64]). Ein Verhalten mag als Verzicht auf unbekannte Rechte unter ganz besonderen Umständen einmal gedeutet werden können; dann muß der Fall aber so liegen, daß der Berechtigte eine Rechtslage hinnimmt mit dem Willen, sie als das äußerste Maß der ihm zukommenden Vorteile gelten zu lassen, unbekümmert darum, ob weitere Rechte möglicherweise für ihn bestehen

---

62) Der später entwickelte Begriff der Verwirkung kann hier außer Betracht bleiben; er wird nur im Gebiet der Aufwertung anerkannt; das subjektive Moment wird jedoch auch dabei immer wieder erfordert. S. die Entscheidungen in der Anmerkung 64 und ferner RG. 118, 377 und 117, 359.

63) OLG. 12, 102 f.; RGKomm. § 813, Anm. 3 a. E.

64) Dernburg, Kompensation, S. 510; RGKomm. § 397, Anm. 1; Zeiler, Verlust des Aufwertungsanspruches durch Verzicht oder durch Verwirkung? Deutsche Steuerzeitung 1927, 745; Heilfron, Deutsche Steuerzeitung 1927, 1221; Mügel, Das gesamte Aufwertungsrecht, S. 235; Beisler, Verwirkung, JW. 1928, 1337; Reichel, Archiv f. d. zivil. Pr. 125, 182 f.; Hellmann, Zur Lehre von der Willenserklärung in Iherings Jahrb. 42, 439 f.; RG. 110, 133 (sichere Kenntnis!); RG. 116, 316; RG. 117, 213; RG. 119, 235; RG., JW. 1926, 1432; RG., JW. 1927, 2750; RG., I 22/27 (7. 5. 27); RG., JW. 1929, 504; RG., JW. 1911, 1014; s. a. die Anm. v. Nußbaum zu RG., JW. 1919, 568.

oder nicht[65]). Das wird aber äußerst selten vorkommen, und ein solcher Wille müßte zweifellos ausdrücklich, klar und unzweideutig erklärt werden[66]). Es muß aber untersucht werden, was erklärt ist, welchen Willen die Erklärung zum Ausdruck bringt.

Zur Ermittlung des Inhalts einer Willenserklärung verlangt das Gesetz nun nicht, das buchstäblich zum Ausdruck Gebrachte, sondern den wirklichen Willen des Erklärenden zu erforschen, und daher kann nur das, was als diesem Willen entsprechend ermittelt ist, als Inhalt der Erklärung gelten[67]). Keine Auslegungskunst könnte nun darüber hinwegkommen, daß der Zahlende, der sein Aufrechnungsrecht nicht kannte, daher auch nicht den Willen haben konnte, darauf zu verzichten. Wenn man auch annimmt, daß die Auslegung mit dem inneren Willen nichts zu tun habe[68]), so muß doch die Aufklärung des Erklärungstatbestandes von der Willensforschung ausgehen[69]). Die Erklärung, die den Verzicht zum Ausdruck bringt, ist und bleibt doch eine Willenserklärung. In dieser Willenserklärung selbst muß der unmittelbar auf die Verzichtswirkung gerichtete Wille zum Ausdruck kommen. Nun gehört es aber begrifflich zum Verzicht, daß er im Willen der Beteiligten liege. Das hat auch das Reichsgericht jetzt immer wieder betont[70]).

---

65) RG. 84, 405; RG. Recht 1913, 3240.

66) RG. Recht 1913, 3240; s. zur Frage des stillschweigenden Verzichts auch die Entscheidungen in dem Aufsatz: Rechtsprobleme der Kraftfahrzeug-Gefälligkeitsfahrt von Arndt in JW. 1929, 898 ff.

67) RG., JW. 1928, 3065 f.

68) RG., JW. 1911, 1014; s. a. Henle, Treu und Glauben im Rechtsverkehr, S. 6, Anm. 7.

69) Walsmann, S. 169 f. (Vertreter der Erklärungstheorie!)

70) RG., JW. 1927, 1848, 2570; RG. 117, 213; s. a. Walsmann, S. 171; Heilfron, Deutsche Steuerzeitung 1927, 1121 (daselbst weitere Reichsgerichtsurteile in einer Tabelle zusammengestellt). RG., JW. 1911, 1014: „eine Willenserklärung hat in der Bedeutung zu gelten, wie sie nach Treu und Glauben allgemein im Verkehr aufgefaßt wird. Für die Bedeutung und Auslegung ist nicht der bloße innere, sondern der erklärte Wille maßgebend. Aber wenn jeglicher Verzichtswille ferngelegen hat, so geht man

Ist nun durch die Auslegung klar und unzweideutig festgestellt, daß der Zahlende sein Aufrechnungsrecht gar nicht kannte, daher auch nicht den Willen haben konnte, auf sein Aufrechnungsrecht zu verzichten, so gehört auch ein Verzicht nicht zum Inhalt der Willenserklärung des Zahlenden, ist also auch nicht stillschweigend in diesem Inhalt mit erklärt. Wir brauchen daher nun das Gespenst der Willens- und Erklärungstheorien nicht mehr zu bemühen, denn ihrer hätten wir ja nur bedurft, wenn die Auslegung ergeben hätte, daß ein Verzicht stillschweigend erklärt sei. Dann hätten sie uns Auskunft darüber geben sollen, ob die mit dem Willen des Erklärenden nicht übereinstimmende Erklärung diesen bindet. Wir aber haben durch die Auslegung festgestellt, daß ein Verzicht nicht erklärt ist, die Erklärung also mit dem Willen des Erklärenden, seine Schuld durch Erfüllung tilgen zu wollen, übereinstimmt. Für eine Anfechtung fehlt die Grundlage der anzufechtenden stillschweigenden Willenserklärung.

Nun ist aber durch das Verhalten des Zahlenden tatsächlich eine Wirkung entstanden, die der eines Verzichts auf das Aufrechnungsrecht gleich ist. Daraus allein darf man keinesfalls auf eine gleiche Ursache schließen. Wir haben festgestellt, daß diese Wirkung die Folge einer nicht auf sie gerichteten Handlung ist; sie ist ohne Rücksicht auf den Willen des Zahlenden mit seinem Verhalten verbunden, weil dieses mit dem Fortbestand seines Rechtes unverträglich ist. Solche Fälle kennt das Gesetzbuch öfter, z. B in den §§ 341, 343, 352, 464, 474, 532, 552 usw. Ueberall steht das Verhalten des Handelnden mit dem Fortbestand seines Rechtes im Widerspruch. Die Folge davon ist der Untergang dieses seines Rechts. Wollte man hier überall einen Verzicht stillschweigend erklärt ansehen und die Aufhebung des Rechts als Wirkung des Verzichts auf diesen zurückführen, so wäre das eine glatte Fiktion. Wer sein Recht nicht gebraucht, kann es auf mancherlei Weise einbüßen, z. B. auch durch

---

in der Anwendung jener Rechtssätze zu weit, wenn man einen Verzicht als erklärt ansieht."

Verjährung, auch ohne daß er sein Recht kennt. Die Erklärung, sein Recht aufgeben zu wollen, liegt in dem bloßen Nichtgebrauch des Rechts nicht. „Das Gegenteil würde eine Unsicherheit erzeugen, die mit den Verkehrsbedürfnissen schwer vereinbar wäre, weil der Vertragsgegner in den meisten Fällen gar nicht weiß, warum der andere Teil den Anspruch nicht verwirklicht“ [71]). Durch diese unterlassene Ausübung des Rechts eben verliert der Berechtigte dieses Recht. Wenn auch das Gesetzbuch eine derartige generelle Norm nicht hat, so weisen doch alle diese Fälle denselben Grundgedanken auf, „daß, wenn das willkürliche Verhalten eines Rechtssubjektes an sich oder in seinen Konsequenzen mit dem Fortbestand eines dem Rechtssubjekt zustehenden Rechts in offenenen Widerspruch gerät, eben dieser Widerspruch die Aufhebung des Rechts zur Folge hat“ [72]). Ein solcher Fall liegt hier vor. Das willkürliche Verhalten des Zahlenden, die Erfüllung durch Zahlung, gerät in seiner Konsequenz wegen des dadurch bewirkten Fortfalls der Aufrechnungslage mit dem Fortbestand des ihm zustehenden Aufrechnungsrechts in Widerspruch und hat dessen Verlust zur Folge. Für einen Verzicht ist kein Platz.

Meyer geht davon aus (S. 35/36), daß den Inhalt der Willenserklärung die Rechtsfolgen bildeten (dagegen s. oben S. 37 ff.). Der Schwerpunkt liege in dem Willen der Partei auf die weitere Gestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen den Kontrahenten, also in dem Erfolgswillen. Dieser sei „in der für andere wahrnehmbaren Gestalt unendlich begrenzt, umgeformt und nur empirisch erkennbar“ [73]), das soll wohl heißen durch Auslegung. S. 46 wird dann ohne Begründung behauptet, daß bei der Leistung zum Inhalt der

71) RG. Gruchot 65, 596.

72) Walsmann, JW. 1927, 2570 (Anm.); ders., Verzicht, S. 203—212, dagegen Meyer, S. 42 ohne Begründung; s. a. Matthiaß, Lehrbuch, § 92 IV; Manigk, Irrtum und Auslegung, S. 275; Enneccerus, § 134 III; Rehbein, BGB. II, S. 347 f.; s. a. vor allem Staudinger-Löwenfeld-Riezler, Einleitung II C 2 vor § 116 und die dort aufgeführten Fälle.

73) Wie ein Wille „unendlich begrenzt, umgeformt“ erkennbar sein soll, erscheint unverständlich.

Erklärung der Verzicht auf die Aufrechnung gehöre. Wenn man von dem oben an Hand der neuesten, immer wieder gleichen Rechtsprechung entwickelten Begriff des Verzichts ausgeht, dem der Wille zu verzichten wesentlich ist, und der daher nicht vorhanden sein kann, wenn der Erklärende sein Recht nicht kannte, so muß die Auslegung der Erklärung ergeben, daß ein Verzicht nicht Inhalt der Erklärung ist, daß auch der Erfolgswille nicht darauf gerichtet war, wenn der Erklärende sein Recht nicht kannte. Das Ergebnis der Auslegung kann das allein Erklärte inhaltlich niemals ändern; die Deutung darf nicht zur Umdeutung werden. Steht das Ergebnis der „Auslegung" zu dem allein Erklärten in Widerspruch, so wird dem Erklärenden ein anderes Rechtsgeschäft als das erklärte zugeschrieben; „A kann aber niemals zugleich nicht A sein"[74]). Andernfalls kommt es dazu, was Goethe in den Xenien sagt:

„Im Auslegen seid frisch und munter,
legt ihr's nicht aus, so legt was unter".

Meyer kann sich denn auch scheinbar selbst nicht recht für sein Ergebnis erwärmen: da er die aufrechenbar sich gegenüberstehenden Forderungen für suspensiv bedingt getilgt hält, gibt er der aufrechenbaren Forderung einen Rechtscharakter, den man zwar nicht direkt als Einrede im Sinne des BGB. bezeichnen könne, der aber deren Wirkungen im Sinne des § 813 sicherlich gleichkomme, wenn er nicht sogar noch stärker sei als diese. Zur Unterstützung beruft er sich auf die Parallele mit der Anfechtung[75]). Mindestens in analoger Anwendung stehe dem leistenden Schuldner also § 813 zur Seite. Die Konstruktion des stillschweigenden Verzichts und der Anfechtung brauche man daher hier gar nicht[76]). Gleichwohl hält er seine Konstruktion mit dem Verzicht aufrecht, weil sie jedenfalls auf positiver juristischer

74) Graßhoff, JW. 1928, 3065 f. (Anm.); s. a. RG. 67, 431.

75) Wir haben diese Theorien (Theorie der suspensiven Tilgung und Oertmann, Schuldverhältnisse zu § 813) zurückgewiesen und die Widersprüche aufgezeigt, die sich bei ihrer Durchführung ergeben (oben S. 8 ff., 26 ff.).

76) S. 48/49.

Grundlage beruhe. Dabei kommt er wieder auf den auf Rechtsfolgewillen beruhenden Begriff der Willenserklärung in seinem Sinne, wonach die Rechtsfolgen den Inhalt der Willenserklärung bilden. Aber obwohl er eine Anfechtung wegen Irrtums über die Rechtsfolgen auch ähnlich einschränkt, wie wir es getan haben, scheint er hier doch einen Irrtum über Rechtsfolgen anzunehmen, der die Erklärung anfechtbar macht. U. E. ist der Verlust des Aufrechnungsrechtes eine (mittelbare) unwesentliche Rechtsfolge der Willenserklärung des Zahlenden[77]). Der Verzicht könnte als stillschweigend erklärt Inhalt der Erklärung sein; daß er es nicht ist, haben wir klarzulegen versucht. Daß er eine wesentliche Rechtsfolge der Erklärung sei und deshalb zu ihrem Inhalt gehöre, ist nicht recht verständlich, steht auch im Widerspruch zu Meyers Ausführungen über die zum Inhalt der Erklärung gehörenden Rechtsfolgen (S. 43). Soll der Verzicht Rechtsfolge der Erfüllungserklärung sein? Und der Verlust des Aufrechnungsrechts Rechtsfolge dieser Rechtsfolge? Das Zwischenglied des Verzichts ist dabei ganz überflüssig. Entweder ist stillschweigend ein Verzicht erklärt und es wird dieser angefochten, so wie Weigelin es zuerst konstruiert hat. Wir haben dargelegt, daß ein Verzicht nicht erklärt ist, deshalb fällt die Konstruktion. Oder es wird die Rechtsfolge des Verlustes des Aufrechnungsrechts, die sich als Rechtsfolge der Erfüllung darstellt, angefochten. Da sie unwesentliche Rechtsfolge ist, entfällt auch diese Konstruktion. Was bei ihr der Verzicht soll, ist unverständlich. Schließlich haben wir die von Oertmann vorgeschlagene analoge Anwendung von § 813 zurückgewiesen.

§ 6.

Meyers Hauptargumente sind denn auch Billigkeitsgründe und die angeblichen Erfordernisse des Rechtslebens[1]). Im modernen geschäftlichen Leben müsse „notwendigerweise

77) Daß der Irrtum über diese nicht zur Anfechtung berechtigt, haben wir oben dargelegt.

1) S. 49.

mit dem Moment der stillschweigenden Willenserklärung im allgemeinen und des stillschweigenden Verzichts hier im besonderen gearbeitet werden. Es würde eine überaus beschwerende und hinderliche Forderung sein, wenn bei all und jedem Handeln im Geschäftsleben alle in Frage stehenden Gesetzesvorschriften klargestellt und den Parteien bewußt werden müßten“ [2]). Mit dem letzten Satz ist das gesagt, was wir oben gegen die Lehre Titzes gesagt haben, der behauptet, daß der Inhalt der Willenserklärung ihre Rechtsfolgen seien, und daß daher jeder Irrtum über die Rechtsfolgen ein zur Anfechtung berechtigender Inhaltsirrtum sei [3]). Der erste Satz ist eine unbegründete Behauptung, läßt aber den Ausgangspunkt der Konstruktion klar erkennen: Man hält ein Ergebnis, das dem Zahlenden kein Rückforderungsrecht gewährt, für unbillig; alle geraden Wege aber führen zu diesem Ergebnis, weder mit § 812 noch mit § 813 kann man helfen [4]); eine analoge Anwendung von § 813 erscheint doch bedenklich [5]); also „muß mit dem Moment der stillschweigenden Willenserklärung im allgemeinen und dem des stillschweigenden Verzichts hier (!) im besonderen gearbeitet werden“ [6]), obwohl vorher [7]) ausdrücklich davor gewarnt wurde, den „Begriff der stillschweigenden Willenserklärung und, wie er hier zu erörtern ist, des stillschweigenden Verzichts zu weit zu fassen. Es könnte dann leicht zu Entscheidungen führen, die zwar der Billigkeit entsprechen, aber im Grunde auf reiner Willkür beruhen“. Es wird daher „vorgeschlagen, nicht zu grammatikalisch dem Gesetz zu folgen, sondern mehr auf die ratio der Bereicherungsansprüche einzugehen“ [8]). Aber auch „die Verpflichtung zur Herausgabe gründet sich nicht auf bloße Billigkeitserwägungen, sondern

---

2) S. 42.
3) Oben S. 37 ff.
4) Meyer, S. 48: „Klare und oft geradezu zwingende Beweisführung“ — — „fehlerfrei und nicht zu widerlegen“.
5) Meyer, S. 49.
6) S. 42.
7) S. 39.
8) S. 48.

auf besondere Voraussetzungen, die den unter dem Schutze der Rechtsordnung erlangten Erwerb dennoch des Rechtsgrundes ermangeln lassen“ [9]). Diese durchaus beifallswerten und nur allzuberechtigten Warnungen werden leider vergessen, es wird ein Kompromiß gesucht, ein angeblicher „Mittelweg“ [10]), der aber keiner ist, sondern das ist, wovor gerade gewarnt wurde: eine „zu weite Fassung des Begriffs des stillschweigenden Verzichts“, richtiger geradezu eine Unterstellung eines solchen, obwohl die Auslegung der Willenserklärung des Zahlenden ohne jede Schwierigkeit erkennen läßt, daß ein Verzicht nicht zum Inhalt der Erklärung gehört.

Ist denn nun aber überhaupt dies Ergebnis so erstrebenswert, die Versagung des Rückforderungsrechts so unbillig? „Der kaufmännische Verkehr hat das entschiedene Bestreben, klare und endgültig geregelte Verhältnisse zu schaffen, die nicht nachträglich wieder umgestoßen werden können“ [11]). „Zumal für die Ausübung von Wahlrechten usw. [12]) versteht es sich von selbst, daß sie baldiger Klärung bedürfen“ [13]). Im Interesse der Verkehrssicherheit liegt es sicher nicht, die Reihe der rückgängig zu machenden Rechtshandlungen zu vermehren; denn die Rechtshandlung der einen Seite hat in der Regel Einfluß auf die Dispositionen der anderen Seite [14]). „Deshalb steht dem Interesse der einen Seite, die Zahlung einer Nichtschuld kondizieren zu können, das berechtigte Interesse der anderen Seite gegenüber, nicht

---

9) S. 3; s. a. RG. 69, 246 ff.

10) S. 39.

11) RG. 97, 142; RG. 119, 216; RG. Warn. 27, 110.

12) Wir haben zwar die Annahme abgelehnt, daß die Aufrechnung facultas alternativa sei, die sicher mit obigem Zitat des RG. auch getroffen wird. Aber wir haben auch zugegeben, daß sie ähnlich ist, sich hauptsächlich deshalb von ihr unterscheidet, weil nicht eine Leistung durch eine andere Leistung ersetzt wird und der Eintritt ihrer Wirkungen nicht vom freien Belieben des Schuldners abhängt. Das Zitat trifft für die Ausübung des Aufrechnungsrechts jedenfalls auch zu.

13) RG., JW. 1929, 34.

14) RG. 97, 142.

ihrerseits durch solche nachträgliche Kondiktion in Schaden zu geraten“ [15]), bloß deswegen, weil die andere Seite „zu ihrer nun einmal erfolgten Stellungnahme vom Recht nicht genötigt war, sondern sich anders hätte entscheiden können“ [16]). Es darf jedenfalls nicht vergessen werden, daß der Gläubiger lediglich das empfangen hat, was allein ihm geschuldet wurde und was er jederzeit hätte fordern können, und daß die Befreiungsmöglichkeit des Schuldners nicht von dem Inhalt der Forderung umfaßt war. Einen rechtlichen Vorteil aus der Leistung hat er daher nicht. Auf diesen aber kommt es an. Denn die Kondiktionen gehen nicht auf die wirtschaftliche Bereicherung als solche, sondern sie gehen auf das „juristisch unberechtigte, rechtliche Haben“ [17]). Dem Schuldner, der Gläubiger der Gegenforderung bleibt, bleibt seine crediti petitio. Diese fiele allerdings weg, wenn die Gegenforderung inzwischen verjährt wäre. Aber es läßt sich auch dann nicht sagen, daß der Gegner, der doch immerhin das ihm Geschuldete erhielt, im Sinne von § 812 ungerechtfertigt bereichert sei. Denn die Forderung wird durch Verjährung verloren, auch wenn der Berechtigte nichts von ihr weiß, und andererseits wird das Recht, sich auf die Verjährung zu berufen, auch dem Schuldner verloren, der unwissentlich auf eine verjährte Forderung geleistet hat: er kann nach § 222,2 BGB. das Geleistete nicht zurückfordern. Die Folgen eines Irrtums müssen, das zeigt § 122 BGB. deutlich, in erster Linie dem Irrenden zur Last fallen. Gerade die Anwendung von § 122, die im Falle der Anfechtung des angeblichen Verzichts notwendig erfolgen müßte, würde aber die praktische Wirkung einer Rückförderung zunichte machen: der Vorteil des Rückfordernden würde fast stets gleich groß sein, wie der Schaden, den der Gläubiger dadurch erlitten hat, daß er auf die Gültigkeit der Erklärung vertraute [18]). Schließlich hat aber auch das Gesetz mit

---

15) Pietzker, JW. 1920, 488.
16) RG. 97, 142.
17) Krückmann, LZ. 1927, 758.
18) S. a. Simon, S. 64, 68.

voller Absicht und nicht etwa versehentlich dem Zahlenden keinen Rückforderungsanspruch gegeben. Das zeigen die Motive [19]) und Protokolle [20]) deutlich. Die Aufrechnung ist eine besondere Art des Erlöschens einer Forderung und als solche im Gesetz unter diesem Abschnitt geregelt. Hätte sie unter die Sondervorschriften der Rückforderung aus ungerechtfertigter Bereicherung fallen sollen, so hätte sie dort genannt werden müssen. Weil nach der in diesem Fall in den Materialien klar zum Ausdruck gelangten Absicht des Gesetzgebers der Fall der Zahlung in Unkenntnis der Aufrechenbarkeit kein Grund für eine Rückforderung nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung sein sollte, ist er deshalb dort nicht erwähnt worden [21]). Nur dann ist ein Rückforderungsanspruch aus diesen Vorschriften anzuerkennen, wenn und soweit das Gesetz ausdrücklich diesen Ausgleich gewährt oder die Auslegung der gesamten Vorschrift, auf welcher der Vermögensübergang beruht, zu diesem Ergebnis führt [22]). Ein dem alleinigen Inhalt der Forderung entsprechender, nicht unrechtmäßig beeinflußter Vermögensübergang, wie er in unserem Fall vorliegt, gibt keinerlei Anlaß, die Vorschriften der §§ 812 ff. erweiternd anzuwenden. „Das Gesetz kann in vielen Fällen nicht mehr tun, als den Parteien den Weg zum Schutz ihrer Interessen offenstellen"; es gibt ihnen das Aufrechnungsrecht: „ihnen aber auch dann zu helfen, wenn sie diese Mittel nicht benutzen, ist ihm nicht immer möglich, wenn es den andern Beteiligten nicht verletzen will" [23]). Das müßte es aber, wenn es dem Gläubiger das wieder nehmen wollte, was er als ihm wirklich und allein geschuldet (ohne unrechtmäßige Beeinflussung des Schuldners, etwa durch Arglist oder Drohung) empfangen hat. Gerade der vom Reichsgericht entschiedene Fall ist Beweis dafür, daß die Versagung der Rückforderung nicht unbillig ist.

---

19) II S. 109, 832.
20) S. 367.
21) RG. 120, 282; Levin, JW. 1928, 3031.
22) Staudinger-Kuhlenbeck II, 1, § 812, Anm. 4.
23) Leonhard, S. 186.

§ 7.

Auf einige Sonderfälle sei noch hingewiesen, nämlich die noch nicht behandelten Anfechtungsgründe des § 123 BGB. Daß im Fall der Drohung durch den Gläubiger der Schuldner seine Zahlung anfechten kann, bedarf keiner Erörterung. Ebenso liegt es im Fall der arglistigen Täuschung. Hier ist es jedoch fraglich, wann dieser gegeben ist. Ist in dem bloßen Unterlassen des Hinweises darauf, daß dem Gegner das Aufrechnungsrecht zur Verfügung stehe, bei Annahme der Leistung des Schuldners oder bei deren Einforderung von ihm bereits eine arglistige Täuschung begründet? Voraussetzung ist natürlich, daß der Gläubiger das Aufrechnungsrecht kennt. Die arglistige Täuschung ist jedenfalls nicht gleichwertig mit dem strafrechtlichen Betrug; es braucht weder die Absicht auf Erlangung eines Vermögensvorteils gerichtet noch der Erfolg der Vermögensbeschädigung beim Gegner eingetreten zu sein[1]), der Anfechtungstatbestand ist also erheblich weiter als der des Betruges. Beide Tatbestände sind zwei sich schneidenden Kreisen zu vergleichen; es gibt Fälle, in denen angefochten, aber nicht bestraft, und solche, in denen es umgekehrt sein kann[2]). Täuschung ist wissentlich auf Erregung oder Erhaltung eines Irrtums oder einer Unwissenheit gerichtetes Verhalten, liegt also auch in der Unterlassung einer Aufklärung; Arglist ist erforderlich. Der Begriff der Arglist erfordert Benutzung der Täuschung als Mittel, auf den Entschluß des Gegners derart bestimmend einzuwirken, daß er dadurch zu einer Willenserklärung bestimmt werde, die er ohne die Täuschung nicht abgegeben hätte; Eventualdolus genügt. Liegt die Täuschung in einer Unterlassung, so ist Kausalität dieser Unterlassung, also des Schweigens, erforderlich. Um den Begriff der arglistigen Täuschung durch Unterlassung, durch Verschweigung wahrer Tatsachen, zu erfüllen, ist eine rechtliche Verpflichtung zum Handeln, zur Mitteilung der Tatsachen, nötig. Diese Pflicht

---

1) RG., Seufferts Arch. 65 Nr. 230, S. 433.

2) Oertmann, Allgem. Teil, § 123 Reichel, Arch. f. d. zivil. Pr. 125, 189.

kann bestehen kraft Gesetzes, kraft Vertrages, nach von Liszt auch auf Grund vorherigen Handelns und schließlich, wenn Treu und Glauben im geschäftlichen Verkehr, besonders aus den wechselseitigen Rechtsbeziehungen der Parteien, die Mitteilung erfordern und erwarten lassen [3]). Ein Fall arglistiger Täuschung durch Schweigen läge z. B. in der Annahme einer eingeforderten Nichtschuld in Kenntnis davon, daß es sich um eine Nichtschuld handelt [4]). Daß der Zahlende in unserem Fall eine Nichtschuld nicht bezahlt, sondern gerade seine alleinige Schuld, haben wir immer wieder betont. Eine Pflicht des Gläubigers, seinem Schuldner von dem Aufrechnungsrecht Mitteilung zu machen, läßt sich denn auch im allgemeinen nicht begründen, zumal ja auch der Gläubiger meist nicht wissen kann, warum der Schuldner sein Recht nicht gebraucht. Es besteht keine allgemeine Vertragspflicht, dem Gegner „förderlich zu sein, wo man nur kann" [5]), auch nicht nach Verkehrsgrundsätzen. Zunächst wahrt jeder seine Interessen, und diese gehen ihm regelmäßig vor. Im allgemeinen wird also kein Anfechtungsrecht zu gewähren sein, wenn der Gläubiger, der reale Erfüllung seiner Forderung erhält, den Schuldner nicht auf den ihm zustehenden Erfüllungsersatz hinweist; mindestens gilt dies, solange der Gläubiger selbst den Willen hat und in der Lage ist, die Gegenforderung seines Schuldners ebenfalls real zu erfüllen, jedenfalls, wenn er diese Gegenforderung nicht bestreitet. Erkennt er sie nicht an, oder ist er nicht zahlungsfähig und zahlungswillig, so erscheint es allerdings arglistig, dem ahnungslosen aufrechnungsberechtigten Gegner reale Erfüllung seiner Schuld abzuverlangen, um ihn wegen der umstrittenen Gegenforderung auf den langwierigen und ungewissen Klageweg zu zwingen oder im Falle der Zahlungsunfähigkeit in dem Bewußtsein, daß der Gegner Er-

---

3) Oertmann, a. a. O.; RGKomm., § 123; Endemann, S. 355; v. Tuhr, S. 9; Planck, § 123, Anm. I 2b; Frank, StGB. § 263, Anm. II 3; Olshausen, StGB. II, § 263, Anm. 13/14.

4) Ebermayer, StrGB., § 263, Anm. 2b.

5) Cleffmann, S. 30.

füllung seiner Gegenforderung nicht wird erlangen können [6]). Nur wenn hier die Täuschung aus einer Art Notstand heraus geschieht, um sich vor dem sicheren Ruin zu retten, wird man noch dem Gläubiger zubilligen dürfen, daß sein Interesse ihm am nächsten liege und vorgehe. Sonst stehen sich beider Interessen gleich gegenüber, entspricht dem Recht die Pflicht und verstößt der Gläubiger, der seine wesensgleiche Pflicht nicht erfüllen kann oder will, durch sein Schweigen gegen Treu und Glauben. Hier wird man dem Zahlenden das Anfechtungsrecht gewähren.

Schließlich ist noch der Fall des Konkurses beachtlich, wenn der Konkursverwalter des Gläubigers die Zahlung veranlaßt und erhält. Dieser ist ein im öffentlichen Interesse geschaffenes Organ für die Durchführung des Konkurszweckes. Er handelt nicht als Vertreter des Gemeinschuldners oder der Konkursgläubiger, über deren rechtliche Befugnisse der Kreis seiner Obliegenheiten hinausgeht, und auch nicht als Vertreter der Konkursmasse, die kein Vermögensobjekt bildet, sondern er handelt lediglich kraft gesetzlichen Auftrages [7]). Will der Zahlende die Zahlung wegen arglistiger Täuschung anfechten, so kommt es also darauf an, ob der Konkursverwalter ihm gegenüber durch die Verschweigung des Aufrechnungsrechts eine arglistige Täuschung begeht.

Durch die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen einer Partei wird das Aufrechnungsrecht der anderen Partei nicht gehindert, soweit eine Aufrechnung schon vor der Konkurseröffnung möglich war. Eine Einschränkung enthält § 55,3 KO. für den Fall des Forderungserwerbes des Gläubigers nach Zahlungseinstellung des Gemeinschuldners oder nach der Stellung des Eröffnungsantrages. Jeder persönliche Gläubiger nun, der für seine Forderung Befriedigung sucht, muß sich durch Anmeldung am Konkursverfahren beteiligen, um eine quotenmäßige Befriedigung zu erlangen, er unterliegt aber, auch ohne daß er sich beteiligt, den durch die „par conditio“ geschaffenen Nachteilen. Dieser be-

6) Cleffmann a. a. O.
7) Sydow-Busch KO., § 6, Anm. 6.

schränkenden Rechtslage kann nach § 53 KO. der Gläubiger entgehen, der nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts sich durch Aufrechnung gegen eine Schuld an den Gemeinschuldner befreien kann. Denn die Stellung des aufrechnungsberechtigten Schuldner-Gläubigers im Konkurs ist die, daß sein Aufrechnungsrecht wie ein Absonderungsrecht an der seiner Forderung aufrechenbar gegenüberstehenden Forderung des Gemeinschuldners behandelt wird [8]). Daß der § 53 nur bedeute, der Gläubiger sei nicht an die Form der Anmeldung gebunden, ist abzulehnen. Denn die Ausübung des Aufrechnungsrechts findet im Konkursverfahren begrifflich und gesetzlich überhaupt keinen Raum, und die Stellung des § 53 im ersten Buch der Konkursordnung beweist, daß er materielles Konkursrecht schaffen soll, wie es „die Bestimmung der Immunität der aufrechenbaren Forderung gegenüber allen Gefahren des Konkursverfahrens" ist [9]). Während also nach § 3 KO. die Konkursmasse zur gemeinschaftlichen Befriedigung aller Konkursgläubiger bestimmt ist, bewirkt die Zulassung der Aufrechnung im Konkurs, daß der aufrechnungsberechtigte Konkursgläubiger damit das Recht hat, alle übrigen Gläubiger von der Befriedigung aus der zur Konkursmasse gehörigen Forderung des Gemeinschuldners auszuschließen, gegen die er aufrechnen kann. Er hat also das Recht, sich aus der zur Masse gehörigen Forderung zu befriedigen, wie der absonderungsberechtigte Pfandgläubiger, der zugleich Konkursgläubiger ist, aus der zur Konkursmasse gehörigen Pfandsache. Die Ausübung dieses Rechts erfolgt außerhalb des Verfahrens, das die gleichmäßige Befriedigung aller Gläubiger herbeiführen soll: das Aufrechnungsrecht und seine Ausübung sind der Einwirkung des Verfahrens entzogen [10]). Der aufrechnungsberechtigte Gläubiger kann also einen einzelnen zur Konkursmasse gehörigen Gegenstand, nämlich die Forderung des Gemeinschuldners gegen ihn, herausgreifen und sich unter Ausschluß der anderen Konkurs-

---

8) RG. 80, 409; Hilker, S. 15; Fröhlich, S. 35.
9) RG. 80, 412.
10) RG. 80, 409.

gläubiger daraus vollständig befriedigen, ohne auf die Quote angewiesen zu sein.

Wenn nun auch der Konkursverwalter nicht Vertreter der Konkursgläubiger ist, so hat er doch deren Rechte wahrzunehmen inbezug auf ihre ordnungsmäßige und größtmögliche Befriedigung aus der Masse. Er hat aber nicht nur das Gesamtinteresse der Konkursgläubiger wahrzunehmen, sondern auch das der Aussonderungs- und Absonderungsberechtigten, sofern deren Anspruch ihm bekannt ist[11]). Es kann nicht eingewendet werden, daß nach § 4 Abs. 2 KO. die abgesonderte Befriedigung unabhängig vom Konkursverfahren erfolgt und deshalb der Konkursverwalter die Rechte der Absonderungsberechtigten nicht von Amts wegen zu berücksichtigen hat. Daraus folgt keineswegs, daß er diese Rechte verletzen dürfte und die Macht hätte, den Absonderungsberechtigten Werte zu entziehen und der Konkursmasse zuzuwenden, auf die diese keinen Anspruch hat. Denn das Recht der Konkursgläubiger beschränkt sich auf die Masse, und „es kann nicht die Aufgabe des Konkursverwalters sein, diese Masse auf Kosten anderer Besserberechtigter zu vermehren“[12]). Das geschieht aber, wenn der Masse Werte zugeführt werden, an denen ein Absonderungsrecht oder ein in dieser Beziehung gleichzustellendes Aufrechnungsrecht besteht. Die Konkursmasse würde dadurch Werte empfangen, die ihr nicht zukommen, sondern dem Absonderungs- bzw. Aufrechnungsberechtigten. Der Konkursverwalter darf daher nicht verlangen, daß Werte, die dem Absonderungs- bzw. Aufrechnungsberechtigten haften, diesem entzogen und den Konkursgläubigern zugewendet werden[13]). Es entspringt also für ihn aus seinem Amt die Rechtspflicht, den Schuldner des Gemeinschuldners auf das diesem zustehende, ihm unbekannte Aufrechnungsrecht hinzuweisen, wenn er von ihm in Kenntnis des Aufrechnungsrechts Zahlung verlangt oder erhält.

Unterläßt der Konkursverwalter diesen Hinweis, zu dem er verpflichtet ist, so stellt dieses Unterlassen eine arglistige

---

11) RG. 69, 90; RG. 74, 109.
12) RG. 69, 91/92.
13) RG. 74, 109.

Täuschung des Zahlenden dar. Bei Verlust seines Aufrechnungsrechts ist dieser mit seiner Gegenforderung auf die zur Verteilung kommende Quote beschränkt. Das weiß jeder Konkursverwalter. Verlangt er gleichwohl Zahlung oder nimmt er sie gleichwohl entgegen, obwohl er das Aufrechnungrecht des Zahlenden kennt, so täuscht er arglistig. Hier ist also dem Zahlenden die Anfechtungsmöglichkeit und Wiederherstellung seines Aufrechnungsrechts sowie die Rückforderung des Gezahlten zu gewähren.

Lebenslauf.

Ich wurde am 3. Juni 1903 in Züllichau als Sohn des Pfarrers Adolf Fraustaedter geboren, besuchte das dortige Gymnasium sowie das Luisengymnasium in Berlin, bestand an diesem im Jahre 1921 die Reifeprüfung und studierte sodann an den Universitäten Rostock und Berlin Rechtswissenschaft. Im Jahre 1927 wurde ich nach Ablegung des ersten juristischen Examens zum Referendar ernannt. Zurzeit bin ich bei dem Amtsgericht Berlin-Mitte im Vorbereitungsdienst beschäftigt.

Hans Fraustaedter, Referendar.